# Die Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

## Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität in Rostock

vorgelegt von

**Gustav Meyer,**
Referendar in Dortmund.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

**Rostock**
Ww. H. Winterberg's Buchdruckerei
1909.

Referent: Herr Prof. Dr. Matthiass.

*Meinen Eltern!*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0099

# Plan der Arbeit.


**I. Einleitung.** Seite

1. Eigentum und begrenzte dingliche Rechte. Die Aufgabe und ihre Begrenzung . . . . . 11—13
2. Der Begriff des Erbbaurechts . . . . . 13—20
Bauwerk, 13; »eines Grundstücks«, 16; Bauwerk »haben«, 16; veräusserlich und vererblich, 18; das Erbbaurechtsverhältnis, 18; der Name »Erbbaurecht«, 18.

**II. Die Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken nach dem BGB.**

**A. Die Bedeutung des § 1017 im Allgemeinen** . . 20—28
§ 1017 betrifft nur Rechtssätze des BGB., 20; die Bedeutung des Abs. 2 des § 1017, 23; nicht alle Vorschriften des BGB. sind anwendbar, 26; § 1017 gilt nicht nur für bestehende Erbbaurechte, 27; § 1017 gilt auch für den Bruchteil eines Erbbaurechts, 28.

**B. Die Gleichstellung des noch nicht bestehenden Erbbaurechts** . . . . . 28—39

a. Die Form des Vertrages über die Bestellung des Rechts . . . . . 28—30

b. Das causa-Geschäft bei der Begründung des Erbbaurechts . . . . . 30—32

c. Die dingliche Einigung bei der Bestellung des Rechts . . . . . 32—36
Die Bestellung des Rechts, 32; die Aenderung des Inhalts, 36.

d. Die nach Grundbuchrecht zur Bestellung des Erbbaurechts erforderlichen Erklärungen . . . . 36—39
§§ 20, 22, GBO., 36; Begriff der Auflassung, 37.

**C. Die Gleichstellung des bestehenden Erbbaurechts.**

a. Der Gegenstand des Erbbaurechts, dessen Bestandteile . . . . . 39—45

Die Bauwerke sind Bestandteile des Grundstücks oder des Erbbaurechts, 39; nicht des Rechtes, wenn der Grundeigentümer dasselbe errichtet hat, 44; das Schicksal des Bauwerkes nach Beendigung des Rechtes, 44; Zubehor des Bauwerkes, 45.

b. Form und Arten des Erwerbs des Rechts . . . 45—51

Der obligatorische Vertrag über die Uebertragung des Rechts und den Verzicht auf dasselbe, 45; das causa-Geschäft bei der Uebertragung, 46; Uebertragung des Zubehörs, 47; Uebertragung gemäss §§ 927, 928, 48; Teilung und Zusammenlegung von Erbbaurechten, 49.

c. Die Buchung des Erbbaurechts . . . . . 51—54

Die Eintragungen auf dem besonderen Grundbuchblatte, 52; der öffentliche Glaube, 53.

d. Vermietung und Verpachtung des Erbbaurechts . 54—56

Vermietung, 54; Verpachtung, 55.

e. Dingliche Belastung des Erbbaurechts . . . . 56—71

Die Einschränkungen des Inhalts des Rechts bedürfen nicht der Buchung, 56; Dienstbarkeiten, 58; Niessbrauch, 59; Verkaufsrecht, 63; Reallast, 63; Hypotheken, 64; Haftung der Bauwerke für die Hypothek, 64; Erbbaurechte, 66; Mündelsicherheit der Hypotheken an Erbbaurechten, 68.

f. Der Schutz des Erbbaurechts . . . . . 71—81

Die Besitzstellung des Berechtigten, 71; die Ansprüche aus dem Besitz, 72; die petitorischen Ansprüche, 73; die Ansprüche aus dem Nachbarrecht, 76; insbesondere Ueberbau und Notweg, 78; die Grenzklagen, 79.

Anhang: Das Erbbaurecht in der Uebergangszeit 81—82

# Verzeichnis der benutzten Literatur.

## 1. Lehrbücher, Kommentare, Monographien.

*Altvater*, Das BGB. für das Deutsche Reich und das Mecklenburgische Privatrecht, Grundbuchrecht; in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, 16. Band, Wismar 1898, p. 74 ff.

*André*, Die rechtliche Seite des Erbbaurechts, in den Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen Nr. 22. Berlin 1903.

*André*, Der gegenwätige Stand der Lehre vom Erbbaurecht; im Juristischen Literaturblatt, Jahrgang 1907, p. 1 ff.

*Biermann*, Das Sachenrecht des BGB., 2. Auflage. Berlin 1903.

*Boehm*, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

*Bruck*, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. Breslau 1904.

*Cosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band. Jena 1901.

*Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts: 3. Band, Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

*Crusen-Müller*, Preussisches Ausführungsgesetz zum BGB. Berlin 1900.

*Dennler*, Erbbaurecht; in der bayrischen Zeitschrift für Notariat, Jahrgang 1904.

*Dernburg*, Pandekten, 5. Auflage, 1. Band. Berlin 1896.

*Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 3. Band, 3. Auflage. 1904.

*Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 8. und 9. Auflage. Berlin 1905.

*Enneccerus-Lehmann*, Das bürgerliche Recht, 2. Band von O. Lehmann, 2. Auflage. Marburg 1901.

*Eschenbach*, Die finanzielle Lage des Erbbaurechts, in soziale Streitfragen, Heft 11; daselbst auch Oertmann & Sohm.

*Fischer-Henle*, Handausgabe des BGB., 7. Aufl. München 1906.

*Foerster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, 6. Aufl., 3. Bd. Berlin 1892, 4. Band 1893.

*Fredenhagen,* Das Erbbaurecht des BGB.; Greifswalder Dissertation. Stralsund 1904.

*Fuchs,* Grundbuchrecht; 1. Band, Berlin 1902, 2. Band, Berlin 1902—1908.

*Gaupp-Stein,* Kommentar zur CPO., 6. und 7. Auflage. Tübingen und Leipzig 1904.

*Gierke,* Deutsches Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht. Leipzig 1905.

*Goldmann-Lilienthal,* Das bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd., Sachenrecht, 1.—3. Abteilung. Berlin 1907.

*Grünberg,* Bauten auf fremdem Grund. Wien 1903.

*Güthe,* Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die Preussischen Ausführungsbestimmungen, 2 Bände. Berlin 1905.

*Guttmann,* Das Erbbaurecht, Leipziger Dissertatio. Borna-Leipzig 1905.

*Habicht,* Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Auflage. Jena 1901.

*Hagenunger,* Das Erbbaurecht, Freiburger Dissertation. Freiburg 1902.

*Hartmann,* Das rechtliche Schicksal des Erbbauwerkes, Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1904.

*Hoeniger,* Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichem Rechte. Berlin 1901.

*Heinitz,* Kommentar zum Preussischen Stempelsteuergesetz, 3. Aufl. Berlin 1907.

*Hodler,* Preussisches Ausführungsgesetz zum BGB. Berlin 1900.

*Jaeger,* Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl. Berlin 1904.

*Koch,* Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1886.

*Klein,* Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im Deutschen bürgerlichen Gesetzbuche. Wien 1902.

*Kretzschmar,* Einführung in das Grundbuchrecht, 1. Bd. Leipzig 1902, 2. Bd. 1903.

*Kretzchmar,* Erbbaurecht im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 3. Jahrgang, Heft 13.

*Langfeld,* Mecklenburgische Ausführungsverordnung zum BGB. Leipzig, Berlin, Rostock 1899.

*Lau,* Die rechtliche Stellung des Erbbauberechtigten, Leipziger Dissertation 1904.

*Männer,* Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 11. Auflage. München 1906.

*Meissgeier,* Wohnungsfrage und Erbbaurecht, No. 2, der Flugschriften des Deutschen Mieterverbandes.

*Mathiass,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berfin 1901.

*Neumann,* Handausgabe des BGB., 4. Auflage. Berlin 1905.

*Niedner,* Kommentar zum Einführungsgesetz zum BGB., 2. Aufl. Berlin 1901.

*Oberneck,* Das Reichsgrundbuchrecht und die Preussischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen, 3. Aufl. Berlin 1904.

*Oertmann,* Erbbaurecht und hypothekarische Belastung; in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, 20. Band. Berlin 1902.

*Oertmann,* Zur Würdigung des Erbbaurechts; in den Annalen des Deutschen Reichs. München 1904.

*Oertmann & Sohm,* Vom Erbbaurecht, in Soziale Streitfragen. Heft 11.

*Planck,* Bürgerliches Gesetzbuch, 2. und 3. Band, 3. Auflage. Berlin 1907. 6. Bd., 3. Aufl. Berlin 1905.

*Predari,* Die Grundbuchordnung, 1. Aufl. Berlin 1907.

*Reinhardt,* Das Erbbaurecht, Leipziger Dissertation. Meissen 1901.

*Rönnberg,* Die Grenzscheidungsklage nach römischem und gemeinem Recht, sowie nach den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 11, p. 119ff., 251ff.

*Scherer,* Das Sachenrecht des BGB. Erlangen 1899.

*Silberschmidt,* Das Recht an Kellern, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 69. Jahrgang, p. 409ff.

*Seuffert,* Kommentar zur CPO., 9. Auflage. München 1904.

*Schubert,* Das Erbbaurecht des BGB., Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1906.

*Staudinger,* Kommentar zum BGB., 3. Band, Sachenrecht von Kober, 3.—4. Aufl. München 1907. 6. Bd. München 1906.

*Steinführer,* Das Recht an Kellern, Rostocker Dissertation. Rostook 1906.

*Strecker,* Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Rechte an Gründstücken. Berlin 1898.

*Strohal,* Der Sachbesitz des BGB., in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 2. Folge, 2. Band. Jena 1898.

*Stobbe-Lehmann,* Deutsches Privatrecht, 2. Bd., 2. Halbbd., 3. Aufl. Berlin 1897.

*Thiesing,* Ueber den mittelbaren Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Kohlers Archiv, Bd. 20, Heft 2, p. 240ff.

*Stranz-Gerhard,* Preussisches Ausführungsgesetz zum BGB. Berlin 1900.

*Turnau-Foerster,* Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und Preussischen Ausführungs-Bestimmungen, 3. Auflage. Paderborn 1906.

*Wendt,* Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Archiv für zivilistische Praxis, 87. Bd., p. 40ff.

*Wilutzky,* Das Erbbaurecht als moderne Form der Erbleihe, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 49. Jahrgang. Berlin 1905.

*Wirth,* Die gemeinrechtliche Superficies in Vergleichung mit dem Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.

*Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. Frankfurt 1891. 9. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt 1906.

*Wittmaack,* Das Erbbaurecht des BGB. Jena 1906.

*Wolff,* Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau nach dem BGB. Jena 1900.

## 2. Zeitschriften, Sammlungen von Entscheidungen, Materialien etc.

*Becher,* Die Ausführungsgesetze zum BGB., 2 Bd. München 1901.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Band 1, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichts, Bde. 7, 8, 12, 27, 30, 39, 48, 49, 56, 60, 61, 64, 65, Entscheidungen des Kgl. Preussischen Oberverwaltungsgerichts, herausgeg. von Freytag, Techow, Schultzenstein und Reichenau, 42. Bd.

*Gruchots Beiträge* zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 30. und 40. Jahrgang.

*Sammlung der Entscheidungen* des Bayrischen Obersten Landesgerichts, Bd. 4, 6, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow & Ring, Bde. 20, 21, 25, 29.

*Die Motive zum Entwurf* eines BGB. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888. Die gesamten Materialien zu den preussischen Ausführungsgesetzen zum BGB. und seinen Nebengesetzen, herausgegeben von Stegemann. Berlin 1900.

*Materialien zu den Reichsjustizgesetzen,* herausgegeben von Hahn, 2. Bd., Berlin 1881, 5. Bd., Berlin 1897, 8. Bd., Berlin 1898.

*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs* für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888. Desgl. Bundesvorlage, Berlin 1898.

*Entwurf eines Einführungsgesetzes,* 1. Lesung, nebst Motiven, Preussisches Justiz-Ministerialblatt, Jahrgang 19. Berlin und Leipzig 1888.

*Protokolle der Kommission* für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB., bearb. von Achilles, Gebhardt u. Spahn. Berlin 1897.

*Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte* auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Mugdan u. Falkmann, Bd. 8, 10.

*Juristische Wochenschrift,* Organ des Deutschen Anwalt-Vereins, Jahrgang 1902, 1903, 1904, 1905.

## I. Einleitung:

### 1. Eigentum und beschränkte dingliche Rechte. Die Aufgabe und ihre Begrenzung.

Der Begriff des dinglichen Rechts ist dem Sprachgebrauch des BGB. fremd. Die Wissenschaft bezeichnet mit dinglichen Rechten solche Rechte, welche eine unmittelbare Herrschaft über eine körperliche Sache nach allen oder nach gewissen Richtungen hin gewähren.

Während das Forderungsrecht gegenüber einem einzelnen wirkt, steht das dingliche Recht dem Berechtigten prinzipiell gegen jeden zu, während jenes einen bestimmten Schuldner und eine Beziehung zwischen dem Berechtigten und diesem Schuldner voraussetzt, ist beim dinglichen Recht nur eine Beziehung zwischen dem Berechtigten und der Sache, auf die sich sein Recht bezieht, und erst bei Verletzung seines Rechtes eine Beziehung zu einer anderen Person vorhanden. Die dinglichen Rechte gehören durch ihre regelmässige, wenn auch nicht notwendige Eigenschaft, gegen jeden wirksam zu sein, zu der grösseren Kathegorie der absoluten Rechte, und unterscheiden sich von den übrigen absoluten Rechten, z. B. dem Namensrechte, dadurch, dass die Herrschaftsbefugnis eine Sache zum Gegenstande hat. Der Begriff des dinglichen Rechts dürfte dem »Rechte an Sachen« des BGB. entsprechen.[1]

Das umfassendste dingliche Recht ist das Eigentum. Das BGB. sagt im § 903, dass der Eigentümer einer Sache mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen kann. Trotzdem ist das Eigentum nicht ein unbegrenztes Herrschaftsrecht, sondern, wie Endemann[2] treffend sagt, werden bereits bei der Schaffung des Eigentums seinem Inhalt die äusseren und rechtlichen Schranken gesetzt, die durch die Anschauung und Interesse der Volksgesamtheit als geboten erscheinen, es sind ihm die von der Rücksicht auf die Allgemeinheit gebotenen Grenzen immanent. »Das Eigentum ist daher eine historische, keine logische Kathegorie.«[3] Dieses gilt besonders vom Eigentum am Grund und Boden. Das BGB. hat deshalb im § 903 eine erschöpfende Definition des Eigentumsbegriffes weder geben wollen noch können, und dementsprechend den oben angeführten Worten einschränkend hinzugefügt: »soweit nicht das

---

[1]) Ebenso z. B. Biermann, Sachenrecht p. 2, Dernberg, B. R. § 61, III. Bd.
[2]) Endemann, 2. Bd. § 68. [3]) Gierke, Deutsches Privatr. § 120, Anm. 2.

Gesetz oder Rechte dritter entgegenstehen«. Zu den gesetzlichen Einschränkungen gehören z. B. die bergrechtlichen und die nachberechtlichen Einschränkungen des Grundeigentümers. Als Rechte dritter seien Pfandrechte, Niessbrauchrechte und Dienstbarkeiten genannt, die die Befugnisse des Eigentümers noch weiter einschränken. Auch sie heben das Eigentum nicht auf, da sie seinem Wesen nicht widerstreiten. Dieses beruht nämlich einmal in der vermuteten Unbeschränktheit gegenüber den Rechten dritter, d. h. darin, dass eine dem Eigentum nicht von vornherein anhaftende Beschränkung, wenn sie geltend gemacht wird, nachgewiesen werden muss, und in seiner Elastizität, d. h. darin, dass der Wegfall eines solchen Rechtes oder seine Vereinigung mit dem Eigentum stets eine Ausdehnung des letzteren auf seinem normalen Inhalt zur Folge hat. Diese Eigenschaft und der weite Inhalt des Eigentums rechtfertigen die Bezeichnung des Eigentums als unbeschränkten Rechtes im Verhältnis zu den übrigen dinglichen Rechten.

In ähnlicher Weise wie das BGB. stellte auch das römische Recht das Eigentum den iura in re aliena gegenüber; sie waren Belastungen des Eigentums. Wesentlich anders ist die Anschauung des älteren deutschen Rechts. Dieses ging von dem Begriff der Sachherrschaft aus und erkannte mehrere Erscheinungsformen dieser Herrschaft an. Infolgedessen verschwand der Gegensatz von Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten in dem gleichzeitigen Bestehen stärkerer und schwächerer Herrschaftsrechte über dieselbe Sache.[1] Die begrenzten dinglichen Rechte wurden als Erscheinungsformen des Eigentums angesehen. Auf der Lehre der das römische Recht bearbeitenden Glossatoren beruhend kam die Ansicht zur Herrschaft, dass das Eigentum geteilt werden könne zwischen demjenigen, dem die Verfügung über das Grundstück, und demjenigen, dem das Nutzungsrecht daran zustände. Es wurde dem Vasallen und dem Lehnsherrn, dem Erbzinsmann und dem Grundherrn, dem Fideikommissbesitzer und der Gesamtheit der Familie Eigentum zugesprochen; die einen hatten das Obereigentum, dominium directum, die andern das nutzbare Eigentum, dominium utile. Auch das preussische ALR. kennt noch diese Unterscheidung. Dieses Verfahren, die im Eigentum liegenden einzelnen Befugnisse verschiedenen Personen zuzuweisen und jeden als Eigentümer zu bezeichnen, ist mit dem römischen wie dem heutigen Eigentumsbegriff nicht vereinbar. Dieser kam allmählich mehr und mehr zur Anerkennung; die Fälle des früheren Nutzeigentums wurden daher als dingliche Rechte angesehen. Dafür wurden diese Rechte nunmehr entweder ganz allgemein oder hinsichtlich des Erwerbes, der Uebertragung, der Verpfändung

[1]) cf. Gierke a. a. O. III. Bd. § 120.

und der Eintragueg in öffentliche Bücher den Grundstücken gleichgestellt.

Das BGB. sucht entsprechend dem römischen Rechte die dinglichen Rechtsverhältnisse durch eine Beschränkung der zulässigen Arten der dinglichen Rechte zu klären und insbesondere das Missverhältnis zu verhüten, welches durch umfassende dingliche Rechte am Eigentum, insbesondere auch durch die den Grundstücken gleichgestellten, entsteht. Trotzdem gibt es auch heute noch eine ganze Reihe dinglicher Rechte, die den Grundstücken gleich oder ähnlich behandelt werden, und deren juristische Doppelnatur als Rechte einerseits, als Grundstücke andererseits einer wissenschaftlichen Untersuchung reichlichen Stoff bietet. Das BGB. kennt als derartiges Recht nur das Erbbaurecht, das EG. zum BGB. hat indessen in den Artikeln 63, 68, 69, 196 und durch die allgemeinen Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetzgebung die Freiheit gelassen, noch andere grundstücksgleich behandelte Rechte zu erhalten und zu schaffen. Bezüglich der Art und Weise dieser Gleichstellung ist indessen teils durch zwingende Vorschriften des EG., teils durch Landesgesetz auf die für das Erbbaurecht gegebenen Bestimmungen Bezug genommen. Schon dadurch wird die Frage bedeutsam, inwiefern auf das Erbbaurecht die für Grundstücke geltenden Vorschriften des BGB. anwendbar sind. Das Erbbaurecht selbst wird aber ferner entgegen der Ansicht der Gesetzgeber von vielen für ein volkswirtschaftlich bedeutsames Rechtsinstitut, insbesondere als ein geeignetes Mittel zur Besserung der städtischen Wohnungsverhältnisse gehalten. Um hierüber ein abschliessendes Urteil fällen zu können, bedarf es einer Klärung der rechtlichen Zweifelsfragen, die beim Erbbaurecht entstehen. Die folgende Darstellung soll nicht eine Prüfung der sämtlichen das Erbbaurecht betreffenden Fragen, insbesondere nicht der Frage umfassen, welche Rechte und Verpfichtungen der Erbbauberechtigte kraft Gesetzes oder Vereinbarung dem Grundeigentümer gegenüber hat. Es soll vielmehr nur untersucht werden, welche Rechtssätze des BGB. über Grundstücke für das Erbbaurecht gelten, inwieweit dieses also nach dem BGB. den Grundstücken gleichgestellt ist. Lediglich zum besseren Verständnis der späteren Erörterungen soll eine kurze Darstellung des Erbbaurechts vorausgeschickt werden.

## 2. Der Begriff des Erbbaurechts.

Nach § 1012 kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräusserliche und unvererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht). Das Erbbaurecht des BGB. ist, wenn auch der wirtschaftlichen Bedeutung nach seine Begründung der Veräusserung des Eigentums

am Grundstück oft nahe kommt (Motive, Bd. III, p. 471), weder als geteiltes Eigentum noch als Eigentum an dem Bauwerk, sondern als eine Belastung des Grundstücks, als ein Recht auf Nutzung desselben anzusehen.[1] Das Recht kann einem einzelnen allein oder mehreren zu gesamter Hand oder nach Bruchteilen zustehen.

Als Gegenstand des Rechts bezeichnet das BGB. ein Bauwerk. Dieser Begriff ist weiter als der des Gebäudes. Er umfasst nach Endemann (§ 97, Anm. 5) »die von Menschenhand errichtete, nach Art und Umfang dauernd und gleichmässig bestimmte Anlage«; nach Ansicht des Reichsgerichts (Bd. 30, p. 153, Bd. 56, p. 41 ff., abgedruckt in Jur. Wochenschrift 1904, p. 37) ist Bauwerk eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache.

Wenn man diese Definition für die Frage, wann ein Erbbaurecht vorhanden sein kann, zu Grunde legt, so würden auch Schienen-, Röhren- und Telegraphenleitungen Gegenstand eines Erbbaurechts sein können.[2] Gegen diese Auffassung wendet sich Wittmaack. (S. 19, 20, zustimmend Staudinger-Kober.) Der Ausdruck Bauwerk, so führt er aus, müsse im Anschluss an die historische Entwickelung ausgelegt werden. Man dürfe darunter nur Anlagen verstehen, an denen früher eine Superficies vorzukommen pflegte, oder Werke, die diesen Anlagen ähnlich seien. Es sagt treffend: »Man denke sich ein Grundstück, auf dem verschiedene Röhrenleitungen, Telegraphenleitungen etc. als Erbbaurechte bestellt werden könnten, die selbst wieder Belastungsobjekte sein sollen, und man wird den Widersinn dieser Ausdehnung begreifen ..... Man würde zu Resultaten kommen, die man als Humor, oder richtiger als Komik im Rechte bezeichnen müsste.«

Es wird dieses vom Gesetz sicherlich nicht beabsichtigte Resultat zu vermeiden sein, wenn man als Bauwerk nur eine einigermassen erhebliche Anlage, nicht aber z. B. die Befestigung eines oder mehrerer Pfeiler auf einer im Boden befindlichen Unterlage als Bauwerk auffasst. Gleisanlagen wird man indessen in der Regel als Bauwerke ansehen müssen.[3]

Auch das Reichsgericht schränkt seine Definition des Bauwerks etwas ein, indem es (Bd. 56, p. 43) ausführt: »Die Anbringung von Röhren und die Maurer- und Zimmererarbeiten, die bei einem artesischen Brunnen, sei es zu vorübergehendem Zwecke, um die Arbeit zu ermöglichen, sei es zur Sicherung der

[1]) Dass die Begründung des Erbbaurechts juristisch nichts anderes als Belastung des Grundstücks ist, sagt auch ein Urteil des Kammergerichts bei Johow & Ring, Bd. 20, p. 127 ff. [2]) So Dernburg, III, § 162, 2, Fuchs, Anm. 7 zu § 1012, Planck, Anm. 3a zu § 1012, Neumann, Anm. 2 zu § 1012, Kretzschmar, Zentralblatt, p. 437, Männer, § 30, Anm. 7. [3]) Vgl. Entscheidg. des Kammergerichts bei Johow & Ring, Bd. 29, S. A. 132 ff., ferner R. G. in Jur. Wochenschrift 1902, Beilage, p. 219.

Dauer der Anlage, vorkommen, können der Anlage den Karakter eines Baues nicht verleihen, da sie zwar der Herstellung des beabsichtigten Werkes dienen, nicht aber als ein begrifflich notwendiger Bestandteil des Werkes selbst erscheinen.« Das Bayrische Oberste Landesgericht (Bd. 6, p. 596) sagt, dass Maschinen, die im Boden auf Betonunterlagen festgeschraubt sind, nicht mit dem Boden fest verbunden und daher keine Bauwerke seien. Die Motive führen als Beispiele von Bauwerken an: Monumente, Brücken und Viadukte; dabei sagen sie nicht, auf welchem Grundstück das Erbbaurecht lastet, ob nur auf dem, auf welchem die Pfeiler ruhen, oder auch auf dem, über dem sich die Bogen spannen. Planck und Fuchs (Planck, Anm. 3, Fuchs, Anm. 7 zu § 1012, ebenso Schubert, p. 11, Kohn, p. 28, Wirth, p. 17) sind der Ansicht, dass ein Bauwerk nur das Grundstück zu überdecken brauche, um als »auf« der Oberfläche des Grundstückes befindlich bezeichnet werden zu können. Das Bedürfnis, hier die Begründung einer vererblichen und veräusserlichen Belastung zuzulassen, wie Fuchs meint, besteht indessen wohl kaum, es wird vielmehr die Bestellung einer Grund- oder persönlichen Dienstbarkeit den Bedürfnissen des täglichen Lebens vollauf genügen. Man wird daher dem Gesetz nicht ohne Not eine gekünstelte Auslegung geben dürfen.[1] Der § 1014 verbietet ausdrücklich die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk.[2] Nach dem strengen Wortlaut des § 1014 kann das Recht dagegen bestehen an dem Teile eines anderen Bauwerks, das nicht ein Gebäude ist, z. B. an Teilen einer als Einheit anzusehenden Gleisanlage.[3] Wittmaack meint indessen, wenn in dem § 1014 der Ausdruck Gebäude statt des im § 1012 gebrauchten Ausdrucks Bauwerk angewendet werde, so liege die Erklärung hierfür wohl darin, dass man angenommen habe, nur bei einem als Gebäude zu bezeichnenden Bauwerke könne von einem Erbbaurecht an einem Teile desselben keine Rede sein. Wenn der Unterschied hätte gemacht werden sollen, so sei dieses in unverkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht. Die Motive begründen den § 1014 damit, dass ein superfiziarisches Recht an einzelnen Gelassen oder Stockwerken zu schlecht abgegrenzt und leicht zu Streitigkeiten Anlass gebenden Rechtsverhältnissen führe. Für andere Bauwerke trifft dies in gleichem Masse jedenfalls nicht zu. Darum ist m. E. die Vorschrift des § 1014 als Ausnahmenorm strikt auszulegen.[4]

---

[1]) So auch Kretzschmar Zentralbl. p. 437. Staudinger-Kober I b zu § 1012. [2]) Nach Artikel 182 E. G. bleibt das am 1. 1. 1900 bestehende Stockwerkseigentum bestehen. Siehe Bayr. Ob.-Lg. Bd. 6, p. 594 ff. [3]) S. Johow-Ring Bd. 29, p. 130 ff. [4]) Ebenso Endemann, II § 97, Planck, 1 zu § 1014; anderer Meinung ausser Wittmaack p. 20 Anm. 3: Kretzschmar, p. 438, John, p. 30.

Als ein selbständiges Bauwerk wird man jedenfalls mit Silberschmidt[1] auch einen Keller ansehen müssen, der zwar den Grundstock eines Gebäudes bildet, bei dem aber durch besondere bauliche Massnahmen der Zugang zu dem Keller von dem Hause aus, dessen Teil er bilden soll, verhindert ist, während ein benachbartes Haus direkten Zugang zu ihm hat.[2] An Pflanzungen kann ein Erbbaurecht nicht bestehen, jedoch kann nach § 1013 das Erbbaurecht auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerks Vorteile bietet. Der Berechtigte kann hier auch Pflanzungen anlegen.[3] Gegenstand eines Erbbaurechts kann auch ein Erbbegräbnis sein, sofern die wesentlichen Erfordernisse, insbesondere die Veräusserlichkeit und Vererblichkeit, vorhanden sind, denn die Kirchhöfe sind nur in gewissen Beziehungen dem Vermögensverkehr entzogen, im übrigen können aber Privatrechte an ihnen bestehen. (R. G. Bd. 12, p. 283.) Fehlt zum Beispiel die freie Veräusserlichkeit, so handelt es sich um eine Berechtigung eigener Art, die nach Landesrecht zu beurteilen ist.[4]

Belastet mit dem Erbbaurecht ist stets ein Grundstück, auch wenn das Bauwerk nur einen Teil desselben einnimmt. »Die reale Belastung (Ausnutzung) ist nicht mit der rechtlichen Belastung (Haftung) zu verwechseln.« (Fuchs, 3 zu § 1012.) Die Belastung eines idealen Bruchteiles eines Grundstücks ist nicht möglich, weil das Erbbaurecht ein Gebrauchsrecht ist, und unmittelbar das Grundstück trifft. Die Belastung eines realen Grundstücksteiles ist nur nach dessen vorheriger Abschreibung möglich. Praktisch wird diese Beschränkung ohne besondere Abschreibung dadurch erreicht, dass zwar das ganze Grundstück belastet, die Ausübung des Rechts aber auf einen Teil beschränkt wird.[5] Wittmaack (p. 22) erörtert die Frage, ob ein Erbbaurecht in der Weise begründet werden kann, dass der Berechtigte das Gebäude auf mehreren aneinanderstossenden Grundstücken errichtet, der Bauplatz also von mehreren Grundstücken genommen wird. Er verneint die Frage mit Recht, weil das Recht an jedem Grundstück alsdann auf das Haben eines Teiles eines Gebäudes gerichtet sein würde. Dagegen ist es möglich, dass das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude zum Teil auf ihm gehörigen, zum Teil auf fremdem Boden steht. Das wird im folgenden noch eingehend dargelegt werden.

---

[1]) Seite 410 f, ebenso Reinhardt p. 30, Männer § 30 Anm. 9, Biermann zu § 1014. [2]) Ebenso Reinhardt p. 30, Männer a. a. O., Biermann a. a. O., auch R. G. Bd. 56, p. 260 a. M., Fredenhagen p. 8. [3]) Wittmaack p. 23, Staudinger I b zu § 1012. [4]) Vgl. R. G. Bd. 8, p. 200, Bd. 27, p. 235, Mugd.-Falkmann Bd. 8, p. 122. [5]) Vergl. die Anweisung des Ob.-Lg. Dresden im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 1, p. 862.

Ueber die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Bauwerk sagt der § 1012, dass der Bauberechtigte das Bauwerk haben dürfe. Nach Fuchs (Bemerk. 8 zu § 1012) kann bei dem Worte »haben« nur an ein Bauwerk gedacht werden, das dem Bodeneigentümer nicht gehört; denn wenn auch das Bauwerk dem Bodeneigentümer gehöre, so handele es sich für den Erbbauberechtigten nicht um das Haben eines Bauwerks auf fremden Boden, sondern allenfalls um die Benutzung eines fremden Bauwerks und fremden Bodens. Wenn dieses richtig wäre, so würde ein Erbbaurecht an einem bereits bestehenden Bauwerke nicht begründet werden können. Die Motive (III p. 469, 473 am Ende) wollen aber auch den Fall treffen, in dem das Bauwerk bereits vorhanden ist. Das Wort »Haben« ist kein technischer Ausdruck im BGB. und nicht als »zu Eigentum haben« auszulegen, zumal das BGB., wie Hartmann (p. 13) bemerkt, sich sonst immer anderer Ausdrücke bedient, wenn es das »Eigentum haben« bezeichnen will, wie z. B. »gehört« oder »Eigentümer der Sache« ist. »Haben« allein drückt nur ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis aus. Wenn die Ansicht von Fuchs richtig wäre, so würde der frühere Rechtszustand gerade in sein Gegenteil verkehrt sein, dies würde, wie Kohn (p. 35) treffend bemerkt, eine gewaltige Zurückschraubung der geschichtlichen Entwicklung sein. Uebrigens spricht auch schon Dernburg mit Beziehung auf das gemeine Recht davon, der Superfiziar dürfe das dem Grundeigentümer gehörige Gebäude haben.[1]

Aus dem Worte »Haben« ist nicht zu folgern, der Berechtigte habe das Bauwerk wie ein Eigentümer, das Erbbaurecht schaffe ein eigentumsähnliches Verfügungsrecht (so Dennler, p. 9). Das ist nicht der Sinn des Gesetzes. Das Erbbaurecht gewährt dem Berechtigten lediglich eine Fläche als Baugrund. Zu weitgehend dürfte deshalb auch die Ansicht André's (im juristischen Literaturblatt 1907, p. 2) sein, wenn er sagt, das Erbbaurecht schliesse nur das Recht in sich, ein oder mehrere Gebäude zu errichten, aber nicht die Pflicht, es zu tun. Tatsächlich könne also das Erbbaurecht dazu benutzt werden, um ein lange dauerndes Pachtverhältnis einzurichten. Man wird deshalb nicht durch Einräumung eines Erbbaurechts dem Berechtigten das Recht verschaffen können, Bestandteile des Bodens für sich zu verwenden. Auch der für das Bauwerk nicht erforderliche Teil des Grundstücks, auf den das Recht sich erstreckt, muss für die Benutzung des Bauwerks Vorteile bieten, also der bebauten Fläche in ihrer Eigenschaft als Baugrund dienen.

[1]) Siehe Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. I § 259. Die hier vertretene Ansicht ist gemeine Meinung; so auch das Kammergericht bei Johow Ring Bd. 25 A. p. 159 ferner z. B. Hartmann p. 13, André Schriften der Zentralstelle, p. 112, Oertmann, In soziale Streitfragen, Heft 11, p. 27, Steinführer, p. 52f.

Das Erbbaurecht ist frei veräusserlich und vererblich. Diese Eigenschaften sind dem Rechte wesentlich, und können mit dinglicher Wirkung wohl beschränkt, aber nicht ausgeschlossen werden. Eine lediglich obligatorische Verpflichtung, das Erbbaurecht nicht zu veräussern kann wirksam begründet werden.[1] Das Recht kann ein zeitlich beschränktes, oder unbeschränktes, ewiges sein.

Weitere zwingende Vorschriften über das Erbbaurechtsverhältnis gibt das BGB. nicht. Wohl in den seltensten Fällen wird indessen eine Vereinbarung wonach ein Erbbaurecht nach Massgabe der §§ 1012ff BGB. begründet werden soll, einen Zustand schaffen, der rechtliche Zweifel nicht aufkommen lässt, oder in wirtschaftlicher Hinsicht die Interessen der Vertragschliessenden in befriedigender Weise regelt. Das gilt insbesondere für den Bau von Wohnhäusern. In der Regel wird für die Ueberlassung des Grund und Bodens eine Entschädigung in Form eines Zinses vereinbart werden, ferner werden Bestimmungen notwendig sein, über die Instandhaltung des Gebäudes oder dessen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung, zur Tragung der öffentlichen Lasten, und über die Dauer des Rechts. Irrig ist aber die Ansicht Eschenbachs (p. 658), dass ganz allgemein ein Erbbaurecht an einem Grundstück nicht erworben werden könne, dass also das Bauwerk, wenn es erst vom Erbbauberechtigten errichtet werden solle, genau nach Art und Beschaffenheit bezeichnet, und wenn es sich um ein bereits bestehendes handle, auf dieses hingewiesen werden müsse, und der Berechtigte auf dieses beschränkt bleiben müsse. Noch weniger kann man behaupten, das Erbbaurecht des BGB. sei ein lehres Gehäuse, eine Hülse ohne Inhalt, die Parteien müssten innerhalb des allgemeinen Zweckes der Grundstücksnutzung durch das Halten eines Bauwerks, das Rechtsverhältnis jedesmal neu einrichten.[2] Es ist im Gegenteil die Vereinbarung, es werde an einem gewissen Grundstücke ein Erbbaurecht nach Massgabe der §§ 1012ff BGB. bestellt, als zulässig und genügend bestimmt anzusehen.[3] Dieser Fall ist gerade bei der Frage in wieweit das Erbbaurecht den Grundstücken gleichgestellt ist, in erster Linie zu Grunde gelegt.

Die Bezeichnung »Erbbaurecht« findet sich zum ersten Male im BGB, der darunter verstandene Begriff ist indessen nicht neu. Schon das römische Recht kennt als Superficies das vererbliche und veräusserliche Recht, auf fremden Grund und Boden gegen Zahlung eines Zinses ein Gebäude zu haben. Dieses Rechtsverhältnis wurde im gemeinen Rechte auch bei anderen Anlagen als

[1]) Ueber die Frage, ob ein Erbbaurecht unter der Resolutiv-Bedingung der Veräusserung oder Vererbung bestellt werden kann, siehe unten.
[2]) So Klein, p. 33; ähnlich Endemann § 97 3 a: das Erbbaurecht müsse durch den dinglichen Vertrag, den es begründe in seinem rechtlichen Umfange erst festgestellt werden. [3]) Ebenso Lau, p. 14, Boehm Bemerkung, 1 zu § 1015.

Gebäuden[1] anerkannt, ohne eine andere rechtliche Natur anzunehmen. Die gemeinrechtliche superficies war ein Recht am Grund und Boden, und mit dem heutigen Erbbaurecht identisch. Das preussische ALR. kennt ebenfalls ein Recht, auf fremden Grund und Boden Gebäude, Bäume und Holzungen zu haben. Die hierauf bezüglichen Gesetzesbestimmungen haben ihren Platz im 22. Titel des ersten Teiles unter der Ueberschrift: »Von den Gerechtigkeiten der Grundstücke gegeneinander.« Trotz dieser Stellung unter den Grundgerechtigkeiten kannte die preussische Praxis auch subjektiv-persönliche Rechte des gleichen Inhalts.

Die Stellung der superficies in jenem Titel des Gesetzes wurde deshalb als eine falsche angesehen.[2] Aus dieser Stellung geht aber hervor, dass auch die subjektiv-persönlichen Gerechtigkeiten an einem Gebäude nicht als geteiltes Eigentum im Sinne des ALR. aufzufassen waren, und deshalb nicht durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 berührt wurden. Diese Ansicht hat in der Literatur des preussischen Rechts überwiegende Anerkennung gefunden.[3] Das sächsische BGB. hatte endlich im § 661 als Bau- und Keller-Recht ein Rechtsinstitut geschaffen, dass sich begrifflich mit dem Erbbaurecht des BGB. deckt.[4] Wenn demnach der § 184 Satz 2 E. G. sagt, dass von dem Intrafttreten des BGB. an für ein (bereits bestehendes) Erbbaurecht die Vorschriften des § 1017 gelten sollen, so sind darin die subjektiv-persönliche superficies des gemeinen Rechts und des ALR. und das sächsische Bau- und Keller-Recht einbegriffen. Eine authentische Auslegung des Begriffes »Erbbaurecht« mit Rücksicht auf die am 1. I. 1900 bestehenden Rechtsverhältnisse hat Hessen im Artikel 220 des A. G. zum BGB. gegeben. Dort ist bestimmt: Ist jemand zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. Sondereigentümer einer selbständigen Anlage, die sich auf der Oberfläche des Grundstückes eines anderen befindet, so gilt dieses Verhältnis, sofern es nicht als Grunddienstbarkeit anzusehen ist, von diesem Zeitpunkt an als ein Erbbaurecht im Sinne des BGB.

Gehören zu der Anlage Teile des Grund und Bodens bis zu einer bestimmten Tiefe, so erlangt der Eigentümer des Grundstückes mit dem Inkrafttreten des BGB. das Eigentum an dem Grund und Boden. Artikel 19 des bayrischen Gesetzes über das Liegenschaftsrecht in der Pfalz vom 1. Juli 1898 bestimmt ähnlich: »Das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Sondereigentum an einem selbständigen Bauwerk, das sich auf oder unter der Oberfläche eines Grundstückes befindet, gilt von diesem Zeit-

[1]) Windscheid 7. Auflage, 1. Band, § 223. [2]) Koch ALR. 2. Band p. 1050, 1111; Dernburg, preuss. Priv. R. Band 1, § 289. [3]) Siehe R. G. bei Gruchot Bd. 40 p. 1131 ff und jur. Wochenschr. 1904 p. 110 No. 110; Förster-Eccius preuss. Priv. R. III § 185; a. M. Dernburg a. a. O. Anmerk. 7. [4]) Kretschmar, Zentral Bl. p. 448.

punkte an als Erbbaurecht im Sinne des BGB. Auch für andere Bundesstaaten wären derartige Bestimmungen nicht ganz überflüssig gewesen. Denn während Wittmaack (p. 222 f, insbesondere Anm. 1, ebenso Turnau-Förster, I 543) den § 184 Satz 2 E. G. auf alle früheren superficiarischen und Bau- und Keller-Rechte, ohne Unterschied, ob sie nach dem BGB. zulässig sind oder nicht, anwenden will, führt Planck aus, der § 184 verleihe nur denjenigen Rechten die dem Erbbaurechte zukommende Grundstücksnatur, welche sich begrifflich mit dem Erbbaurechte des BGB. deckten. Er finde nicht Anwendung auf superficiarische Rechte an Gebäudeteilen, oder Anpflanzungen, oder auf die Emphyteusis. Dieser beschränkten Auslegung dürfte der Vorzug zu geben sein, insbesondere weil der Landesgesetzgebung durch Artikel 196 E. G. die Befugnis gegeben ist, die bestehenden superficiarischen Rechte, die dem Begriff des Erbbaurechts des BGB. widerstreiten, als grundstücksgleiche Rechte zu erhalten.[1]

## II. Die Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken nach dem BGB.

### A. Die Bedeutung des § 1017 im Allgemeinen.

Das Erbbaurecht ist mit Rücksicht auf seinen umfassenden Inhalt, insbesondere mit Rücksicht auf seine Veräusserlichkeit und Vererblichkeit vom Gesetze den Grundstücken gleichgestellt. Nach § 1017, Abs. 1 gelten für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften. Der Sinn und die Tragweite dieser kurzen, aber das ganze Rechtsinstitut charakterisierenden Bestimmung soll hier zuerst im Allgemeinen festgestellt werden.

Das BGB. teilt die körperlichen Gegenstände, Sachen im Sinne des § 90, in bewegliche und unbewegliche. Der erste Entwurf erklärte ausdrücklich, dass unbewegliche Sachen die Grundstücke seien. Dieser Satz ist später als selbstverständlich gestrichen, sodass das BGB. nur von beweglichen Sachen einerseits, und Grundstücken andererseits spricht. Alle Gegenstände, die nicht bewegliche Sachen oder Grundstücke sind, gehören nicht zu den Sachen des BGB. Den Begriff des unbeweglichen Vermögens kennt es als allgemeinen Begriff nicht; lediglich in den §§ 1549, 2551 ist dieser Ausdruck gebraucht und für den einzelnen Fall erläutert. Aus dieser Terminologie des BGB. geht hervor, dass der § 1017, wenn er sagt, es sollten die Vorschriften über Grundstücke »gelten«, oder »entsprechende« Anwendung finden, nicht einen neuen Begriff, etwa den der »unbeweglichen

[1]) Derartige Bestimmungen sind z. B. in den erwähnten Gesetzen Hessens und Bayerns gegeben. Siehe ferner Planck Bd. 6, Anm. 6a zu Art. 184 E. G. Ebenso Staudinger-Kober Vorbem. VI vor § 1012 ff. Biermann Bem. 3 zu § 1017.

Sache« oder den des »unbeweglichen Vermögens« schaffen will, also auch nicht sagen will, die Erbbaurechte seien unbewegliche Sachen. Der Sinn des § 1017 ist vielmehr der, dass auf gewisse dingliche Rechte ein bestimmter Komplex von Rechtssätzen angewendet werden soll. Hieraus ist ein Schluss auf die Tragweite des § 1017 zu ziehen. Nach Artikel 32 E. G. bleiben die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft, soweit sich nicht aus dem BGB. oder dem E. G. die Aufhebung ergibt. Eine solche Aufhebung normiert Artikel 4 E. G. Er beantwortet die Frage, was bei den bestehenbleibenden Reichs- und Landes-Gesetzen an die Stelle des in ihnen vorausgesetzten und ihren Hintergrund bildenden allgemeinen bürgerlichen Rechtes tritt, dahin, es solle das BGB. und das E. G. an dessen Stelle treten.[1] Auch die allgemeinen Vorschriften über Sachen, insbesondere die Unterscheidung von beweglichen und unbeweglichen, gehören dazu. Würde also durch § 1017 ein neuer Begriff »unbewegliche Sache«, oder »unbewegliches Vermögen« geprägt sein, so müssten die neben dem BGB. geltenden Reichs- und Landes-Gesetze diesen Begriff, wie früher aus dem ergänzenden Landesrechte, so jetzt aus dem BGB. entnehmen. Die Folge wäre, dass überall, wo in jenen Gesetzen von Grundstücken die Rede ist, darunter die Erbbaurechte einbegriffen wären. Diese Ansicht wird auch von zahlreichen Schriftstellern vertreten.[2]

Sie ist jedoch aus dem § 1017 nicht zu entnehmen. Da der 1017 nur sagt, dass auf gewisse dingliche Rechte ein Komplex von Rechtssätzen angewendet werden solle, so können damit nur Rechtssätze des BGB. gemeint sein. Deshalb finden die für Grundstücke geltenden Vorschriften anderer Gesetze als des BGB. auf das Erbbaurecht keine Anwendung, sofern nicht eine besondere Bestimmung dies anordnet, oder aus der konkreten Sachlage dieses gefolgert werden kann. Für diese Begrenzung des § 1017 spricht insbesondere auch der Umstand, dass andere Reichsgesetze, die ZPO. und die GBO., solche Hinweise enthalten. Auch die Fassung des § 20 GBO. führt zu diesem Schlusse. Dort wird der Auflassung eines Grundstücks ausdrücklich die Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts gleichgestellt. In dem § 50 des preuss. Allgem. Berggesetzes, und im Artikel 38, § 5 A. G. BGB. ist dem

---

[1]) Vergl. Planck, Niedner, zu Art. 4 E. G. [2]) So ohne nähere Begründung Planck, Bemerk. 2 zu § 1»17, Turnau-F. I, 1 zu § 1017 Oberneck I, p. 503, Dernburg III, § 162, Biermann 1 zu § 1017 Kohn, p. 18 f. Matthiass, II § 37 Anm. 5, Crome III zu § 1017; endlich André in jur. Literaturblatt 1907 p. 3. Dieser führt aus: § 1017 hat die Bedeutung, das Erbbaurecht in bestimmter Richtung zu charakterisieren, und es muss davon ausgegangen werden, dass die privatrechtlichen Institute grundsätzlich überall im Rechte so behandelt werden, wie sie im BGB., welches den Mittelpunkt und die Grundlage des Privatrechts bildet, gekennzeichnet sind.

Bergwerkseigentum und den Kohlengerechtigkeiten Immobiliarcharakter beigelegt. Dies ist derart geschehen, dass der § 1017 wörtlich wiederholt, und nur anstatt der Worte »die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften« gesetzt ist »die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften des BGB.« Dieser Zusatz ist gemacht worden, obwohl die angeführten Bestimmungen nur eine Uebernahme des § 1017 in das Landesgesetz sein sollten. Es ist dabei also die hier vertretene Auslegung des § 1017 BGB. zu Grunde gelegt.[1] Selbst wenn aber durch § 1017 ein besonderer Begriff geprägt worden wäre, würde er ohne Einfluss auf die Gesetze sein, die ausschliesslich oder teilweise öffentliches Recht behandeln. Das gilt infolgedessen z. B. für die Frage, ob der Grundeigentümer oder der Erbbauberechtigte die auf dem belasteten Grundstücke ruhenden öffentlichen Lasten zu tragen hat, oder ob neben dem belasteten Grundstück das Erbbaurecht selbst einem Grundstück gleich zu achten ist und demgemäss sowohl der Grundeigentümer wie der Erbbauberechtigte die auf dem Grundbesitz ruhenden öffentlichen Lasten zu entrichten hat. Die Grundsätze des Privatrechts haben im öffentlichen[2] Recht nicht allgemein Geltung. Das gilt auch für die Ausführungsgesetze zum BGB. die gerade das Grenzgebiet zwischen öffentlichem und privatem Recht regeln.[3] Darum berechtigt auch der Umstand, dass die Ausführungsgesetze eine Ergänzung zum BGB. bilden sollen u. E. noch nicht dazu, den § 1017 auf sie auszudehnen.[4]

Es ist weiterhin zu untersuchen, ob alle für Grundstücke geltenden Vorschriften des BGB. auf Erbbaurechte anzuwenden sind. Das ist, obwohl der § 1017 Abs. 1 eine Einschränkung nicht enthält, zu verneinen. § 1012 BGB. bezeichnet das Erbbaurecht als Grundstücksbelastung, und § 1017 Abs. 1 wendet auf dieses Recht die für Grundstücke geltenden Vorschriften an. Aus diesen beiden Bestimmungen ergibt sich, dass das Erbbaurecht im Kern stets eine Grundstücksbelastung bleibt; deshalb können die für Grundstücke geltenden Vorschriften nur insoweit Anwendung finden, als dies mit der Natur des Erbbaurechts vereinbar ist. Es

---

[1]) Für die Beschränkung des § 1017 Abs. 1 auf das BGB. sind auch Staudinger-Kober, I, Fuchs, 3 zu § 1017. Sie stützen ihre Ansicht insbesondere auf die Fassung des § 20 GBO. Gleicher Ansicht ist auch Wittmaack p. 13. [2]) Vergl. z. B. E. des Oberverwaltungsgerichts, Bd. 42, p. 39; wer im Verhältnis des Grundeigentümers zum Erbbauberechtigten die öffentlichen Lasten zu tragen hat, richtet sich nach dem Umfange des Rechts und der Parteivereinbarung. Im Zweifel wird der Berechtigte die durch die Nutzung des Gebäudes entstehenden Abgaben, ferner bei langfristigen, oder zeitlich unbeschränkten Rechten die Gebäudesteuer zu zahlen haben, dagegen die auf dem Grundstück ruhenden Lasten, nur wenn während des Bestehens des Rechts eine weitere Nutzung des Grundstücks ausgeschlossen ist. So Biermann p. 220; s. a. Dennler p. 15, vgl. Lau p. 72; Turnau-F. I, p. 544. [3]) So auch Crusen-Müller, p. 11. [4]) Dies will Wittmaack p. 13.

ist daher insbesondere fraglich, ob die lediglich für Sachen, d. h. körperliche Gegenstände, oder für das Eigentum geltenden Bestimmungen angewendet werden können.

Der Absatz 2 des § 1017 fügt nun noch hinzu: »Die für den Erwerb des Eigentums, und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung.« Hier erhebt sich die Frage: In welchem Verhältnis steht der Absatz 1 zum Abs. 2? Schon der 1. Entwurf des BGB. enthielt die Regel des § 1017 Abs. 1 in den §§ 962, 781.[1] Auch enthielt dieser im § 964 bezgl. der Ansprüche aus dem Eigentum eine ähnliche Bestimmung wie das BGB. im Absatz 2 des § 1017. Zu der letzteren Bestimmung ist in den Motiven (Bd. 3, p. 474) ausgeführt: »Die entsprechende Anwendbarkeit der allegierten Vorschriften kann schon aus § 781 (des 1. Entwurfs) abgeleitet werden, weil das Erbbaurecht ein Blatt im Grundbuche enthält. Doch scheint es im praktischen Interesse zweckmässig, dieselbe im Gesetze auszusprechen, zumal Gerechtigkeiten, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten, vorkommen können, für welche die Vorschriften über den Eigentumsschutz, insbesondere über die Vindikation nicht passen, weil dem Berechtigten kein Recht auf Inhabung (im Sinne des 1. Entwurfs) zusteht, vielleicht auch die Gerechtigkeit überall keine sachenrechtliche ist.«[2] Hiernach sollten die erwähnten Vorschriften eine Erläuterung des die Gleichstellung allgemein aussprechenden Satzes, nicht aber eine Einschränkung desselben sein; weil nach dem BGB. Rechte nur soweit einen Besitzschutz geniessen, als es ausdrücklich ausgesprochen ist, so wurde dadurch der mögliche Zweifel, ob auch den grundstücksgleichen Rechten ein Besitzschutz nach Art der den Sachen verliehenen zu versagen sei, selbst für diejenigen grundstücksgleichen Rechte beseitigt, deren Ausübung nicht den Besitz eines Grundstücks in sich schliesst. Da auch das BGB. einen dem § 781 des 1. Entwurfs entsprechenden allgemeinen Satz über die Grundstücksqualität des Erbbaurechts und eine gleiche Spezialvorschrift über die Ansprüche aus dem Eigentum enthält, so gelten die angeführten Sätze der Motive auch für letzteres. Ganz anders ist der

---

[1]) § 781: Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke. Auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, finden die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung. § 962: Der zur Begründung des Erbbaurechts nach dem § 829 erforderliche Vertrag muss vor dem Grundbuchamt geschlossen werden. Die nach dem § 828 erforderliche Eintragung hat sowohl bei dem belasteten Grundstücke, als auf einem, für das Erbbaurecht bestimmten Grundbuchblatte zu erfolgen. . . . . § 964: Auf die Ansprüche des Erbbauberechtigten im Falle der Beeinträchtigung seines Rechtes finden die für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften der §§ 929 bis 938, 941 bis 944, 951 entsprechende Anwendung. [2]) Dies ist z. B. bei den in Preussen noch bestehenden **»selbständigen« Zwangsrechten der Fall.**

Absatz 2 des § 1017 in der Begründung zum Artikel 37 des preuss. A. G. zum BGB., der für das Bergrecht den Wortlaut des § 1017 an die Stelle ähnlicher Vorschriften setzt, aufgefasst. Dort heisst es: »Unter den sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften ist hier das Gleiche zu verstehen, wie im § 1017, Abs. 1 BGB. Nicht gehören zu diesen Vorschriften die auf das Eigentum an Grundstücken bezügl. Bestimmungen, wie sich daraus ergibt, dass die Uebertragung der letzteren Bestimmungen auf Rechte mit dem Eigentumsbegriffe des BGB. unvereinbar sein würde, und dass . . . . . nach § 1017 Abs. 2 nur die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken entsprechende Anwendung finden sollen. Unanwendbar sind demnach insbesondere die Vorschriften über den Inhalt des Eigentums (§§ 905 bis 918).«[1] Noch bestimmter äussert sich der Berichterstatter (Abgeordneter Peltasohn) in dem Kommissionsbericht dahin, das BGB. kenne kein Eigentum an Rechten, sondern nur an körperlichen Gegenständen. Die Bestimmungen über das Eigentum an Grundstücken könnten also nicht auf selbständige Gerechtigkeiten übertragen werden. Es seien also alle anderen, welche sich auf Grundstücke beziehen, anwendbar; dieses sei der Sinn des Absatz 1. Dagegen würden nach Abs. 2 für die selbständigen Gerechtigkeiten nur diejenigen auf das Eigentum an Grundstücken bezügl. Vorschriften, welche nach Titel 2, Abschn. 3 des 3. Buches des BGB. für den Erwerb des Eigentums, und nach Titel 4 für die Ansprüche aus dem Eigentum gelten, entsprechende Anwendung finden können.« Hier wird also im Gegensatz zu den Motiven des BGB., der Absatz 2 als eine Aufzählung der anwendbaren Vorschriften über das Eigentum an Grundstücken aufgefasst.[2] Danach müssten, weil dort nicht genannt, die auf die Aufhebung des Eigentums bezügl. Rechtssätze und die nicht im 4. Titel des 3. Buches erwähnten Ansprüche aus dem Eigentume hier keine Geltung beanspruchen dürfen. Die Auslegung entspricht unseres Erachtens nicht dem Sinne des Gesetzes, und ist für das BGB. nirgends ausgesprochen. Insbesondere ist auch kein Anhalt dafür vorhanden, dass die »Ansprüche aus dem Eigentum« in § 1017 ein besonders enger Begriff seien. Der § 1011 bestimmt, dass jeder Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung der ganzen Sache geltend machen könne. Als ein Anspruch aus dem Eigentum im Sinne des § 1011 werden z. B. auch die Ansprüche auf Grenzabmarkung, oder Grenzschei-

---

[1]) Siehe Stegemann, Materialien zu den preussischen Ausführungsgesetzen, p. 37. [2]) Diese Auffassung ist vorherrschend: so ausdrücklich Kretschmar C. p. 442, Crusen-Müller II, zu Art. 37 37 A. G.; Predari, 2 zu § 7 Grundbuch-Ordnung. Staudinger-Kober, II zu § 1017; s. a. Fuchs 3b, zu § 1017.

dung angesehen, obwohl sie nicht im 4. Titel des 3. Buches geregelt sind.[1] Dasselbe ist auch hinsichtlich des § 1017 Abs. 2 anzunehmen.

Der Absatz 2 gibt demnach nicht eine Aufzählung in dem Sinne, dass die nichtgenannten, das Eigentum betreffenden Normen unanwendbar seien; so ist auch die Fortlassung des § 965 des 1. Entwurfes, der bestimmte, es sollten für die Beendigung des Erbbaurechts die für die Rechte an Grundstücken geltenden Sätze Anwendung finden, nicht darauf zurückzuführen, dass dieses durch Nichterwähnung im Absatz 2 des § 1017 ausgedrückt werde; die Bestimmung ist vielmehr deshalb fortgelassen, weil sie aus der Natur des Erbbaurechts sich als selbstverständlich ergibt.[2] Die Rechtssätze über den Verlust des Grundeigentums können deshalb für das Erbbaurecht nicht anwendbar sein, weil dieses dem Grundstück gegenüber ein dingliches Recht ist. Es ist deshalb nicht möglich, dass das Recht durch freiwillige Aufgabe herrenlos werde, wie im gleichen Falle ein Grundstück; das Eigentum nimmt vielmehr das Recht in sich auf. Es tritt Konsolidation wie bei anderen dinglichen Rechten ein. Die Aufhebung vollzieht sich daher in den Formen der §§ 875, 876.

Gegen die von den preussischen Gesetzgebern ausgesprochene Ansicht lässt sich noch weiteres anführen: der Artikel 196 des E. G. zum BGB. wiederholt den Wortlaut des § 1017 mit Bezug auf gewisse vererbliche, und veräusserliche Nutzungsrechte, doch fehlen hier die Worte: »Ansprüche aus dem Eigentum.« Ein Grund für diese Abweichung ist nicht erfindlich. Im Gegenteil werden gerade hier grundstücksgleiche Gerechtigkeiten, die nicht den Besitz eines Grundstücks in sich schliessen, oder überhaupt keine Sachenrechtlichen sind, nicht selten sein. Hier ist also der Zusatz nach Ansicht der Motive gerade angebracht. Man wird darum geneigt sein, die Worte hier zu ergänzen.[3] Das ist indessen nur bei der von uns vertretenen Auffassung des § 1017 als statthaft zu erachten. Die Redaktoren des preussischen Ausführungsgesetzes zum BGB. haben sich allerdings trotz ihrer abweichenden Ansicht über den Wortlaut des Art. 196 E. G. hinweggesetzt und im Art. 40 A. G. die erwähnten Worte hinzugefügt.

---

[1]) S. Hoeniger, p. 56, 95, Endemann § 71, Anm. 15, Biermann Anm. 1 zu § 919, 5 zu § 920, Goldmann-Lilienthal § 14, Anm. 20.

[2]) § 965 des 1. Entwurfs: zur Aufhebung des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft ist die Erklärung des Berechtigten vor dem Grundbuchbeamten, dass er das Erbbaurecht aufgebe, und die Löschung des letzteren im Grundbuche erforderlich. Ist das Erbbaurecht mit dem Rechte eines dritten belastet, so kann die Löschung nur mit Einwilligung dieses dritten erfolgen. Die Einwilligung muss gegenüber dem Grundbuchbeamten, oder dem Erbbauberechtigten erklärt werden; sie ist unwiederruflich. [3]) So auch Gierke, D. Priv. p. 621, Anm. 5, Staudinger Bd. 6 Bem. 2 B, Planck, Bem. 2, Niedner Bem. 3 zu Art. 196. So auch A. G. zum BGB. für Hessen: Art. 154, für Braunschweig Art. 43.

Der Art. 68 E. G. erklärt für gewisse Abbaurechte den § 1017 für anwendbar. Er fügt aber noch hinzu, dass hinsichtlich der Aufhebung der Abbaurechte die für die Rechte an Grundstücken, nicht die für das Grundeigentum geltenden, Vorschriften der §§ 875, 876 anwendbar sein sollen. Da jene Rechte in ihrer Behandlung dem Erbbaurechte gleichgestellt werden sollten, so war der Zusatz gerade so überflüssig wie im § 1017. Erklären lässt sich die Hinzufügung nur dann, wenn der Absatz 2 des Art. 68 ebenso wie der des § 1017 als Erläuterung des 1. Absatzes aufgefasst wird; alsdann ist es nämlich unerheblich, ob die Erläuterung etwas mehr oder weniger ausführlich gestaltet wird.

Der § 1017 BGB. will demnach unseres Erachtens folgendes sagen: Der Absatz 1, in Verbindung mit dem § 1012 bringt zum Ausdruck, dass das Erbbaurecht, trotz seiner eigenartigen Behandlung ein Recht bleibt. Damit ist ausgesprochen, dass die für körperliche Sachen gegebenen Normen nicht allgemein anwendbar sind. Der Absatz 1 könnte nun aber durch seine Fassung zu der Ansicht führen, alle Normen seien schlechthin ausgeschlossen, die vom Eigentum handeln, weil notwendige Voraussetzung des Eigentums der Besitz, zu diesem die tatsächliche Gewalt erforderlich ist und diese nur an körperlichen Gegenständen gedacht werden kann. Die Vorschriften über den Erwerb des Eigentums setzen aber nicht eine körperliche Sache, sondern nur die grundbücherliche Behandlung des Rechtes, die Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentum zu ihrer direkten Anwendung nur ein körperliches Substrat des Rechtes, zu einer analogen, »entsprechenden« Anwendung, nicht einmal ein solches voraus. So verhindert der Absatz 2 eine irrtümliche Auffassung nach dieser Richtung hin; er ist eine Erläuterung des Absatzes 1 und man kann ihm daher das Wort »insbesondere« voransetzen. Sehr treffend drückt daher Dernburg (III, § 162, 3) den Sinn des § 1017 mit den Worten aus: »Für das Erbbaurecht gelten entsprechend die Vorschriften über Grundstücke, insbesondere des Erwerbs des Eigentums und der Ansprüche aus dem Eigentum.«[1]

Nach dem Gesagten kann es sich beim Erbbaurecht stets nur um eine entsprechende Anwendung handeln, trotz des Ausdrucks »gelten« im Absatz 1 des § 1017 im Gegensatz zum Ausdruck »entsprechende Anwendung«, den der Absatz 2 bringt.[2] Nicht gerechtfertigt ist daher die Ansicht Wittmaacks, bei entsprechender Anwendung müsse jedesmal geprüft werden, dass die Verhältnisse bei Grundstücken und Erbbaurechten im Wesentlichen gleichartig sein, nach § 1017, Abs. 1 dürfte man indessen Aus-

[1]) Auch Wittmaack p. 53 hält den § 1017 Abs. 2 für entbehrlich. Das Wort »insbesondere« ist im § 93 93 des A. G. zum BGB. von Reuss ältere Linie für das Vorbehaltgebiet des Art. 196 E. G. hingefügt. [2]) So Stranz-Gerhard, p. 250 Anm. 1.

nahmen von der Anwendung nur machen, wenn sich bei den einzelnen Vorschriften zeige, dass sie auf Erbbaurechte nicht passten. Eine entsprechende Anwendung besteht darin, dass die Natur des Erbbaurechts als Grundstücksbelastung berücksichtigt wird. Daraus ergibt sich, dass im Verhältnis des Erbbaurechts zum belasteten Grundstück, also insbesondere bei der Begründung die Belastungsnatur in der Regel massgebend sein muss, und dass nur im Verhältnis zu anderen Grundstücken, also im Vermögensverkehr die Gleichstellung allgemein durchgeführt werden kann.[1]

Mit Rücksicht auf das Belastungsverhältnis und in der Erwägung, dass § 1017 von Erbbaurechten allgemein spricht, § 1015 aber für den Fall der Bestellung eine besondere Vorschrift gibt glauben manche,[2] der § 1017 beziehe sich nur auf bestehende Erbbaurechte, nicht dagegen auf Erbbaurechte im Stadium der Begründung. Diese Ansicht scheint indessen nicht zutreffend. Die Anwendung der für Grundstücke geltenden Vorschriften geschieht deshalb, weil das Erbbaurecht nach Ansicht der Gesetzgeber einen den Grundstücken ähnlichen wirtschaftlichen Wert darstellt. Auch die Vorschriften, welche lediglich für Grundstücke gelten, bestehen zum Teil nur wegen der wirtschaftlichen Wichtigkeit des Grundeigentums. Es ist nicht einzusehen, warum solche Vorschriften nicht anwendbar sein sollen, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft über ein noch nicht bestehendes Erbbaurecht handelt. Man wird vielmehr annehmen können, dass auf Grund des § 1017 die für Grundstücke geltenden Vorschriften Anwendung finden, sofern es sich um ein Erbbaurecht handelt, selbstverständlich mit den aus der Belastungsnatur des Rechts sich ergebenden Einschränkung.[3] Ist das Erbbaurecht noch im Stadium der Entstehung, so ist die Anwendung der Grundstücksnormen also ausgeschlossen, wenn das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Erbbaurecht und Grundstück in Erscheinung tritt.

Zu den für Grundstücke geltenden Vorschriften gehören sowohl die sachenrechtlichen Vorschriften des 3. Buches des BGB. wie die in den übrigen Büchern befindlichen. Es gehören aber weiter dazu nicht blos die Vorschriften, die sich ausschliesslich auf Grundstücke beziehen, sondern auch diejenigen, welche sich auf Sachen schlechthin im Gegensatz zu Rechten beziehen. Nicht anwendbar sind demnach die Vorschriften, die lediglich für bewegliche Sachen oder lediglich für Rechte gelten.

Nach § 1008 ist das Anteilsrecht eines Miteigentümers nach Bruchteilen allgemein wie Eigentum zu behandeln. Aus diesem Grunde ist es unterlassen, eine Vorschrift aufzunehmen, dass die

[1]) So auch Kretschmar, Z.-Blatt, p. 440, Kohn p. 17. [2]) So z. B. Männer p. 265, Anm. 3, Planck, 1 zu § 313, Goldmann-Lilienthal, p. 379, Kipp-Windscheid, I § 223, vergl. auch Turnau-F. Bem. 1 zu § 1017. [3]) So auch Fuchs Anm. 5 zu § 1015.

Rechtsätze über die Uebertragung und die Belastung des Eigentums auf die Uebertragung und Belastung des Anteils eines Miteigentümers anwendbar seien. Denn eine solche Vorschrift konnte zu der Ansicht führen, die übrigen Vorschriften über das Grundeigentum seien nicht anwendbar.[1] Auch für den Anteil am Erbbaurecht gelten demnach auf Grund des § 1017 die Rechtssätze über das Grundeigentum.[2] Es können indessen diejenigen Vorschriften nicht anwendbar sein, welche den Besitz des Grundstücks voraussetzen. Hiervon macht indessen § 1011 in gewissem Umfange eine Ausnahme.

Im Folgenden sollen nun die für Grundstücke geltenden Vorschriften des BGB. einzeln daraufhin geprüft werden, ob und in wieweit sie auf Erbbaurechte angewendet werden können. Hierbei werden jedoch die Bestimmungen unerörtert bleiben, über deren Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit nach dem Gesagten ein Zweifel nicht mehr bestehen kann.

### B. Die Gleichstellung des noch nicht bestehenden Erbbaurechts.

#### a) Die Form des Vertrages über die Bestellung des Rechts.

Der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, § 313. Diese Vorschrift findet gemäss § 1017 Anwendung auf den Vertrag, durch den sich jemand zur Uebertragung eines Erbbaurechts verpflichtet.[3] Nicht unstreitig ist, ob sie auch anwendbar ist auf einen Vertrag, durch den jemand sich zur Bestellung eines Erbbaurechts verpflichtet. Manche[4] verneinen dies, weil die für Grundstücke geltenden Vorschriften nur für bestehende Erbbaurechte Geltung hätten. Kretzschmar fügt dem hinzu, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift sei der Vertrag gleich der Verpflichtung zur Bestellung eines sonstigen begrenzten Rechtes am Grundstücke formfrei. Die Sondervorschrift § 1015 aber betreffe nur die dingliche Einigung und könne nicht auf den davon durchaus verschiedenen obligatorischen Vertrag ausgedehnt werden. Dass der Gesetzgeber anscheinend davon ausgegangen sei, es werde durch die Vorschrift des § 1015 zugleich für den obligatorischen Vertrag die entsprechende Anwendung des § 313 bestimmt, werde vielleicht zuzugeben sein, es genüge aber nicht um etwas in das Gesetz hinein zu tragen, was nicht darin enthalten sei. Es bestehe hierfür auch kein Be-

---

[1]) Siehe Protokolle III, p. 276, Motive III, p. 439. [2]) Ebenso Wittmaack p. 302. [3]) Altvater p. 99 ist der Ansicht, eine entsprechende Anwendung des § 313 auf das Erbbaurecht lasse sich aus § 1017 nicht ableiten. [4]) So Planck Bem. 1 zu § 313; Wittmaack p. 36; Männer p. 265, Anm. 3; Kretschmar, C. p. 440.

dürfnis. Demgegenüber ist schon oben darauf hingewiesen worden, dass an sich der § 1017 keineswegs zu der Annahme berechtigt die Grundstücksvorschriften sollten nur auf bestehende Erbbaurechte Anwendung finden.[1] Es ist aber auch kein Anhalt dafür gegeben, dass der § 1015 hat sagen wollen, die Bestellung des Rechtes richte sich nur insoweit nach den Grundstücksvorschriften, als die dingliche Einigung in Betracht komme, denn nach den Protokollen zum Entwurf des BGB. (I. 464) haben die Gesetzgeber angenommen, aus der Tatsache, dass für das Erbbaurecht ein selbständiges Grundbuchblatt angelegt werden könne, folge, dass der auf Begründung des Rechts gerichtete obligatorische Vertrag den Vorschriften des § 351 des 1. Entwurfs (§ 313 BGB.) unterworfen sei. Allerdings spricht § 313 nur von der »Uebertragung«, aber man wird mit Turnau-Foerster (Bem. I, 1 zu § 1017). Das Bedenken wohl damit beschwichtigen können, dass für den auf Bestellung gerichteten völlig gleichwertig ist, unmöglich eine geringere Form für ausreichend erachtet werden kann, als für den auf Uebertragung gerichteten. Kretzschmar (a. a. O. Zustimmend Schubert, p. 36) führt aus, es bestehe für die Anwendung des § 313 kein Bedürfnis, weil das Erbbaurecht seinen Wert und damit die Bedeutung, welche die Anwendung einer besonderen Form für den obligatorischen Vertrag geboten erscheinen lassen könnte, erst durch die Bebauung erhalte und weil die Fälle, wo das Recht an einem Grundstücke mit einem bereits bestehenden Bauwerke bestellt werde, wohl nur ganz ausnahmsweise vorkämen und meist nur geringfügige Bauwerke, wie Keller und dergl. zum Gegenstande hätten. Er berücksichtigt hier nur die Sachlage auf Seiten des Berechtigten. Der Grundeigentümer wird in seinem Eigentume nicht erst durch die Bebauung, sondern mit der Begründung des Erbbaurechts beschränkt. Uebrigens ist das Argument bei andern grundstücksgleichen Gerechtigkeiten, bei denen die Errichtung eines Bauwerks nicht in Betracht kommt, ohne Belang. Im Gegenteil ist gerade die Formvorschrift hier notwendig, weil der Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts bei weitem verwickelter ist, als der auf Uebertragung eines Grundstückes oder Erbbaurechts gerichtete.

Beachtenswert ist das Bedenken, das Wittmaack (p. 35 ff.) gegen die Anwendbarkeit des § 313 äussert. Der Absatz 2 desselben bestimmt, dass ein ohne Beobachtung der Form (des Absatzes 1) geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, wenn die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Von einer Auflassung eines Erbbaurechts könne man nicht reden. Das Reichsgericht (Bd. 61, p. 1) führt dagegen aus, wenn der § 1017 Abs. 2 entsprechende Anwendung der für den Erwerb des Eigentums geltenden Vor-

[1]) So auch Fuchs, 5 zu 1015, Turnau-F., 1 zu § 17.

schriften anordne, so sei damit dem dingliche Akte, durch den das Erbbaurecht übertragen werde, dieselbe Bedeutung und Wirkung beigelegt, wie der Auflassung. Wenn nun auch im allgemeinen nicht beim Erbbaurecht von der Auflassung geredet werden kann, weil des öfteren zwischen Auflassung und den entsprechenden Rechtshandlungen beim Erbbaurecht unterschieden wird, (so in den §§ 20, 98 GBO.) so muss doch im vorliegenden Falle die Ansicht des Reichsgerichte als dem Sinne des Gesetzes entsprechend angesehen werden. Der Absatz 1 des § 313 sollte für die Bestellung des Erbbaurechts gelten. Daraus ist zu schliessen, dass auch der Absatz 2 anzuwenden ist, weil andernfalls für Erbbaurechte eine strengere Form vorgeschrieben wäre als für Grundstücke. Das kann aber unmöglich der Sinn des Gesetzes sein.[1]

### b) Das causa-Geschäft bei der Begründung des Erbbaurechts.

Der Vertrag, durch jemand einem andern die Bestellung eines Erbbaurechts verspricht, ist entweder ein Kauf, Tauch oder Schenkung. (S. Wittmaack, p. 28f). Hier ist zu untersuchen, inwieweit dabei die Rechtssätze über den Verkauf eines Grundstücks Anwendung finden. Der Besteller des Erbbaurechts ist nur verpflichtet, das dingliche Recht und den Besitz des Grundstückes zu verschaffen, nicht aber, das Grundstück zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. § 433, Abs. 1 ist also nicht anwendbar. Nach §§ 434, 439 ist der Verkäufer verpflichtet, den Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, sofern sie nicht dem Verkäufer beim Abschlusse des Kaufes bekannt waren, stets aber frei von Hypotheken, Grund-, Rentenschulden und Pfandrechten, sowie von Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Be-

[1]) Für die Anwendung ist die gemeine Meinung: ausser den bereits genannten Staudinger-Kober, 1d zu § 1015, weil es sich aus dem inneren Grunde des § 1017 ergebe; ferner Dernburg, III, § 162, 8; Rehbein, zu §§ 305ff; Wilutzky, p. 536, Güthe, p. 632, 6; Dennler, p. 147—48, Wirth, p. 31; Crome III, § 427, Note 22; Predari, Bem. 2 zu § 7 BGB.: Der § 313 hänge mit dem Erwerbe von Liegenschaften zusammen und gelte daher auch für Verträge, durch welche sich jemand zur Bestellung eines Erbbaurechts verpflichte; Endemann, II, § 97, Anm. 16: »weil die Verpflichtung zur Bestellung wie zur Uebertragung des Erbbaurechts ein obligatorisches Grundgeschäft betreffe, das die Verpflichtung zur Veräusserung des ganzen Grundstückes enthalte.« Diese Begründung ist u. E. wenig zutreffend. Oberneck, I p. 503 mit dem treffenden Hinweis, dass § 1015 BGB. nur für die dingliche Einigung gelte, im übrigen aber § 1017 eingreife; ferner Lau p. 29, Fredenhagen, p. 24, Kohn, p. 50, im wesentlichen mit der hier gegebenen Begründung; endlich das Kammergericht bei Johow-Ring Bd. 21, p. A 127ff, bayr. Oberst. Landesgericht, Bd. 4 p. 737, 1 § 435, Abs. 1 ist auf Erbbaurechte anwendbar weil er gleicher Weise für Grundstücke und Rechte an Grundstücken gilt.

stellung eines dieser Rechte. Diese Vorschriften passen hier nicht, weil zur Zeit des Abschlusses des Vertrages, also vor der wirklichen Begründung des Erbbaurechts Belastungen auf ihm noch nicht ruhen können. Aus demselben Grunde ist § 436 BGB. hier unanwendbar, wonach der Verkäufer eines Grundstücks für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind, nicht haftet. Nach § 444 ist der Verkäufer verpflichtet, den Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden Rechtsverhältnisse, insbesondere Gerechtsame und Lasten, die nötige Auskunft zu erteilen, und ihm die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern. In entsprechender Anwendung dieser Bestimmung hat der Besteller des Erbbaurechts dem anderen über die Grenzen des mit dem Erbbaurechte zu belastenden Grund und Bodens, sowie des eigentlichen Bauplatzes, ferner auch über die auf dem Erbbaugrundstücke ruhenden Lasten Auskunft zu geben. Wenn die Grundstückslasten auch nicht unmittelbar das Recht selbst belasten, so beeinträchtigen sie doch dessen Wert und wirken auf das Erbbaurecht mittelbar wie Belastungen des Rechtes selbst. Die §§ 446, 448—450 finden bei der entgeltlichen Bestellung eines Erbbaurechts wie bei Grundstücken Anwendung, und zwar schon auf Grund des § 451. Darnach geht die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung und des zufälligen Unterganges des dem Erbbaurecht unterliegenden Grund und Bodens sowie der Gebäude mit der Uebertragung des Besitzes, und falls die Bestellung vorher in das Grundbuch eingetragen ist, von dem Augenblicke der Eintragung an auf den Käufer über. Die Kosten der Begründung des Rechts fallen dem Verkäufer zur Last, § 448, Abs. 2. Die §§ 452–454 456—458 gelten für den Verkauf eines jeden Gegenstandes. Die Vorschriften der §§ 456ff über die Gewährleistung wegen Mängel der verkauften Sache finden nach § 493 auf Verträge, die auf die Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung, also auch auf den Vertrag über entgeltliche Bestellung des Erbbaurechts. Die Gewährleistungspflicht kann sich entweder auf eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder, wenn das Erbbaurecht ein bereits errichtetes Bauwerk umfasst, auf dessen Eigenschaften beziehen. Sichert der Besteller eines Erbbaurechts dem Erwerber eine bestimmte Grösse des mit dem Rechte belasteten Grundstücks oder der Baufläche zu, so haftet er gleich dem Verkäufer eines Grundstücks für die Grösse wie für eine zugesicherte Eigenschaft. § 468. Ein aus dem Vertrage über die Bestellung des Erbbaurechts erwachsener Gewährleistungsanspruch ist als ein Gewährleistungsanspruch »bei Grundstücken« im Sinne des § 477 anzusehen. Die Unterscheidung der beweglichen Sachen und der Grundstücke beruht hier auf ihrem verschiedenen wirtschaftlichen

Werte, nicht etwa auf der natürlichen Verschiedenheit der beweglichen und unbeweglichen Sachen; darum beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr auch bei dem Vertrage, der auf Bestellung eines Erbbaurechts geht.[1]

Bedingt sich der Besteller eines Erbbaurechts ein Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht aus, so kann er gleich dem Verkäufer eines Grundstücks jenes bis zum Ablauf von 30 Jahren, dieses bis zum Ablauf von 2 Mon., nach der Mitteilung von dem Kaufabschlusse ausüben. Auch hier beruht die Sonderstellung der Grundstücke auf ihrer wirtschaftlichen Wertschätzung, und es besteht deshalb kein Bedenken, auf Grund des § 1017 diese Vorschriften anzuwenden, sofern es sich um ein Erbbaurecht handelt. (Siehe §§ 503, Satz 1,1. Halbsatz, 510, Absatz 2). Die Vorschriften über die Schenkung gelten für jede Art von Zuwendung, also auch für eine solche, die darin besteht, dass ein Erbbaurecht bestellt wird. Der § 523 kann indessen nur auf ein bereits bestehendes Erbbaurecht Anwendung finden.[2]

### c) Die dingliche Einigung bei der Bestellung des Rechts.

Bestritten ist, ob die dingliche Einigung bei einer Bestellung des Erbbaurechts sich nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften richtet. Einigkeit herrscht im allgemeinen darüber, dass die Form der Uebertragung des Rechts die gleiche ist wie die Auflassungsform des § 925. Viele folgern dies allerdings nicht schon aus der allgemeinen Vorschrift des Absatz 1 des § 1017, sondern erst aus dem Absatz 2.

Der § 1015 BGB. bestimmt nun, dass die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbes bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muss. Diese Vorschrift stimmt mit dem § 925, Abs. 1 vollständig überein. § 925, Abs. 2 bestimmt weiter, dass eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist. Hier erhebt sich die Frage, ob die Bestellung des Erbbaurechts unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen darf, oder ob dieses wie bei der Auffassung eines Grundstücks ausgeschlossen ist. Wittmaack (p. 48 ff.) vertritt die letztere Ansicht in eingehender Begründung. Er

[1]) Eine ähnliche Unterscheidung ist im § 638 gemacht. Darnach verjähren bei einem Werkvertrage der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, sofern nicht der Unternehmer den Mangel verschwiegen hat, in 6 Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in 5 Jahren. Arbeiten an dem Bauplatze für den Erbbauberechtigten sind Arbeiten an einem Grundstück im Sinne des § 638. [2]) Darüber siehe weiter unten.

glaubt, sich hierbei auch auf die Bestimmungen des 1. Entwurfs und die Motive dazu stützen zu können. Der 1. Entwurf liess in den §§ 870, 871 die Auflassung eines Grundstücks unter der Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins zu, erklärte dagegen die Auflassung unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin für unwirksam. Er bestimmte weiter im § 962 Abs. 1 entsprechend dem § 1015 BGB., dass die zur Begründung erforderliche Einigung — ebenso wie bei der Auflassung — vor dem Grundbuchamte geschlossen werden müsse, und im § 781, dass auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Hieraus folgert Wittmaack richtig, da nach dem Entwurfe nicht nur die Bestellung von dinglichen Rechten an Grundstücken, sondern auch die Uebertragung des Eigentums unter auflösenden Bedingungen und Zeitbestimmungen möglich sei, so hätten die Motive unbedenklich davon ausgehen können, dass es zulässig sei, Erbbaurechte unter einer auflösenden Bedingung oder mit einem Endtermin zu bestellen. Man könne daher daraus keine Folgerung für die Auslegung des BGB. ziehen. Vor Erheblichkeit für die Auslegung des BGB. könne nur sein, welche Stellung die Motive zu der Frage einnehmen, ob eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin bei der Bestellung vor Erbbaurechten zulässig sei, denn in dieser Beziehung führe auch nach dem Entwurfe die Anwendung der Vorschriften über die Veräusserung von Grundeigentum zu einem anderen Resultat als die Anwendung der Vorschriften über die Begründung von dinglichen Rechten an Grundstücken. Die Motive (III, p. 472, Ziff. 4) bemerken dazu: »Wenn man die Begründung des Erbbaurechts in Ansehung der Auflassungsform mit der Uebertragung des Eigentums auf gleiche Linie stellt, so kann weiter in Frage kommen, ob nicht auch die Vorschriften über die bedingte Auflassung für entsprechend anwendbar zu erklären sind. Der Entwurf sieht von der Aufnahme einer solchen Bestimmung ab. Es bleibt hiernach dahin gestellt, ob die Analogie dazu führt, dass ebenso wie suspensiv bedingtes oder betagtes, also noch nicht präsentes Eigentum der Buchungsfähigkeit entbehrt, auch einem noch nicht präsenten Erbbaurecht die Buchungsfähigkeit abzustreiten sei.« Bei der grossen Seltenheit derartig bedingter Verträge liege ein Bedürfnis, die angedeutete Frage, im Gesetze zu entscheiden, nicht vor. Aus dem Fehlen der Bestimmung ist daher nach Ansicht der Motive, wie Wittmaack richtig hervorhebt, nicht ohne Weiteres der Schluss zu ziehen, die Anwendung jener Bestimmung habe ausgeschlossen werden sollen. Ebenso wenig glaubte man andrerseits annehmen zu dürfen, dass die Gründe, welche gegen die suspensiv bedingte Eigentumsübertragung sprechen, ohne Weiteres auf das Erbbaurecht anwendbar seien.

Die Frage ist also nur aus dem Gesetze selbst, insbesondere aus dem Verhältnis des § 1017 zum § 1015 zu lösen. Wittmaack führt nun weiter aus, der § 1017 spreche vom Erwerbe des Erbbaurechts, er enthalte aber nichts, was darauf hindeute, dass die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften nur auf den Erwerb eines bestehenden Erbbaurechts Anwendung finden sollten. Der § 1015 sei an sich entbehrlich gewesen, doch habe er einen Zweifel darüber, ob auch auf die Bestellung von Erbbaurechten die für die Veräusserung von Grundstücken geltenden Vorschriften anwendbar seien, vorbeugen sollen. Eine Wiederholung des § 925 Abs. 2 im § 1015 sei nicht erforderlich und wenig ratsam gewesen. Das ergebe sich aus den allgemeinen Vorschriften und eine Wiederholung im § 1015 habe dazu verleiten können, argumento a contrario den § 1017 einzuschränken. Diese Auslegung ist u. E. durchaus willkürlich. Wenn der § 1015 lediglich dem Zwecke hätte dienen sollen, anzudeuten, dass die Grundstücksvorschriften nicht nur auf bestehende Erbbaurechte anwendbar seien, so wäre dies nicht in der Form des § 1015 geschehen. Es würde dann entweder der § 925 vollständig wiederholt, oder aber einfach gesagt sein, dass die Einigung über die Bestellung des Erbbaurechts sich nach den gleichen Vorschriften richte, wie die Einigung über dessen Uebertragung. »Nach der Ansicht Wittmaacks spricht das Gesetz im § 1015 einen eigentlich überflüssigen Satz aus, welcher zudem so, wie er dasteht, nicht vollständig richtig ist, sondern in einem ganz ausserordentlich wichtigen Punkte mit Hülfe des § 1017 ergänzt werden muss. Eine solche Auslegung ist so künstlich, dass, wenn man sie überhaupt für zulässig hält, doch nur bei dem allerdringendsten praktischen Bedürfnisse darauf zurückgegriffen werden dürfte. Letzteres trifft aber nicht zu.«[1]

Der § 1015 lässt sich sehr leicht dahin erklären, dass Bedingungen bei der Bestellung zulässig sind: Für das Erbbaurecht im Verhältnis zum Grundstück ist die Belastungsnatur des Rechts massgebend. Besonders scharf muss diese Natur im Grundbuchwesen respektiert und hieraus der Schluss gezogen werden, dass die dingliche Einigung über die Bestellung des Erbbaurechts sich nach den für Rechte an Grundstücken geltenden Vorschriften richtet. Der § 1015 verbietet aber diesen aus der Natur des Erbbaurechts sich ergebenden Schluss zu ziehen, und bestimmt positiv die Form der dinglichen Einigung. (So auch Kretzschmar, Zentralblatt, p. 440). Da die Grundstücksvorschriften nach § 1017 nicht lediglich auf bestehende Erbbaurechte anwendbar sind, so ist es nicht zutreffend, den § 1015 so zu erklären, an sich hätten die §§ 1017, 925 bei der Bestellung des Rechts keine Geltung, weil ein Erbbaurecht noch nicht vorhanden sei, hiervon werde erst durch §

[1]) So treffend André im Jur. Literaturbl. 1907, p. 4.

1015 eine Ausnahme gemacht. Planck (Vorb. 5 §§ 1015 ff.) rechtfertigt die Zulassung von Bedingungen bei der Bestellung damit, es entspreche dies einem praktischen Bedürfnisse, weil ihre Beifügung ein geeignetes Mittel biete, gewisse Verpflichtungen des Erbbauberechtigten dinglich zu sichern. Dem wird von Wittmaack (p. 60, Anm. 1) indessen mit Recht entgegengehalten, dass der gleiche Erfolg durch eine Vormerkung herbeigeführt werden kann. Indessen fällt dies bei dem klaren Wortlaute des § 1015 für die Auslegung nicht ins Gewicht.

Da der § 1015 eine die rechtliche Struktur des Erbbaurechts durchbrechende Sondervorschrift ist, so kann er auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden. Es ist daher nicht richtig, den § 1015 als eine grundlegende Sondernorm und den § 1017 als blos ergänzende Norm zu bezeichnen, und anzunehmen, die letztere trete hinter die erstere zurück.[1] Alsdann würden auch bei der Uebertragung des Erbbaurechts Bedingungen hinzugefügt werden können. Ebenso wenig wird man diese Ansicht lediglich damit verteidigen können, dass ein hinreichender Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Bestellung und Uebertragung nicht vorhanden sei.[2]

Eine Ausnahme erleidet der Satz, dass Erbbaurechte unter Bedingungen bestellt werden können, durch die Eigenschaft des Erbbaurechts, dass es notwendigerweise vererblich und veräusserlich ist. Das Erbbaurecht kann infolgedessen nicht unter der Bedingung bestellt werden, dass es beim Tode des Berechtigten oder bei der Veräusserung endigen solle. Ein Recht solchen Inhalts würde kein Erbbaurecht sein, da es überhaupt nicht veräussert oder vererbt werden kann.[3]

Ist eine derartige Abrede getroffen, so wird in jedem einzelnen Falle zu prüfen sein, ob eine beschränkte Dienstbarkeit

---

[1]) So Endemann, II, § 59, Anm. 9; dagegen richtig Bruck, p. 86. [2]) So Fuchs, Bem. 2 zu § 1015; Güthe, I, p. 220 f. Die hier vertretene Ansicht ist die herrschende: dafür unter anderen Boehm, I zu 1015, Crome, III, § 427, Anm. 37; Dernburg III, § 162, 4; Fischer-Henle, Anm. zu § 1015, Staudinger-Kober, Ic zu § 1017; Biermann I zu § 1015; Männer, § 31; Predari, 1b zu § 7 BGO., Kipp-Windscheid, § 223, Planck, Vorbem. 5 vor vor §§ 1012ff., Turnau-F. I, p. 544; Oberneck, I, p. 502; Bruck, p. 85; André Schriften der Zentralstelle, p 112, Reinhardt p. 60; auch das Reichsgericht in Jur. Wochenschrift, 1905, p. 412. Die Hinzufügung von Bedingungen bei der Bestellung erklärt ausser Wittmaack auch Altvater, a. a. O. p. 100 für unzulässig unter Hinweis auf § 1017. [3]) So Planck, Vorbem. 5 vor § 1012ff.; Staudinger-Kober, Id zu § 1012, Oberneck, I, 498; Wilutzky, p. 538; Männer, p. 262, Anm. 4; Biermann, 1 zu § 1015; Kretschmar, Zentralbl. p. 434; Dernburg III, § 162, Anm. 9; Bruck p. 87, Goldmann-Lilienthal § 55, Anm. 2; Kohn, p. 52; cf. Mugdan-Falkmann Bd. 10, p. 413, a. M. Neumann, Anm. 5 zu § 1012; ebenso hält auch Fuchs, 6d zu § 1012 diese Bedingungen für zulässig, falls überhaupt das Recht unter Bedingungen bestellt werden könne, ebenso Fredenhagen, p. 36.

oder ein blosses obligatorisches Verhältnis gültig begründet ist, (so Staudinger a a. O.) oder ob das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Die Aufhebung des Erbbaurechts für gewisse Fälle oder unter gewissen Umständen im Falle des Todes des Berechtigten oder einer Veräusserung kann gültig bedungen werden.[1]

Eine Aenderung des Inhalts durch Rechtsgeschäft ist beim Grundeigentum nicht möglich; beim Erbbaurecht muss sie, ebenso wie bei andern dinglichen Rechten an Grundstücken, als zulässig angesehen werden. Nach § 877 finden die Vorschriften der §§ 873, 874, 876, also insbesondere diejenigen über die Begründung von dinglichen Rechten auf die Aenderung Anwendung. Fraglich ist, ob hier beim Erbbaurecht die allgemeinen Vorschriften der §§ 873, 874 anwendbar sind, oder ob die Form des § 1015 geboten ist. Turnau-Foerster, (Bem. 3 zu § 1015), verneint ersteres, weil die Vorschrift des § 1015 nicht über den ihr bestimmten Ausnahmefall ausgedehnt werden dürfe. (Auch Wittmaack, p. 170). M. E. ist die Anwendung des § 1017 auf den Fall der Veränderung des Rechts gar keine ausdehnende Anwendung, weil nach § 877 stets bei dinglichen Rechten die Veränderung der Bestellung gleichgestellt ist.[2]

Auch der obligatorische Vertrag über die nachträgliche Aenderung des Rechtes muss demnach der Form des § 313 unterliegen, endlich finden auf das obligatorische Verhältnis aus diesem Vertrage die gleichen Vorschriften über den Kauf von Grundstücken Anwendung wie bei der Bestellung.[3]

Nach Artikel 143 E. B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, dass die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 BGB. ausser vor dem Grundbuchamt auch vor einem Notar, vor einer andern Behörde oder einem andern Beamten erklärt werden kann. Diese Vorschrift gilt für die Bestellung, Aenderung und Uebertragung des Erbbaurechts. Nicht anwendbar ist dagegen Art. 143 Abs. 2.

### d) Die nach Grundbuchrecht zur Bestellung des Erbbaurechts erforderlichen Erklärungen.

Diejenigen dinglichen Rechte, welche sich auf Grundstücke und (diesen gleichgestellte) Rechte an solchen beziehen, unterliegen

[1]) So auch Dernburg, Bruck, Goldmann-Lilienthal. Auch eine lediglich obligatorische Verpflichtung, welche die Vererbung und veräusserung ausschliesst, ist für gültig zu erachten. [2]) Wie hier Fuchs, Bem. 4 zu § 1015, Planck, 4 zu § 1013, Männer § 30, Anm. 11, Goldmann-Lilienthal II, § 55, Anm. 16. Kohn p. 74. Als eine Aenderung ist auch die nachträgliche Erstreckung des Rechts auf einen nicht zu bebauenden Teil anzusehen; ebenso Fuchs 2 zu § 1013, Planck 4 zu § 1013, Wittmaack p. 171, Männer a. a. O. [3]) Ueber die Anwendbarkeit des § 926 bei Bestellung und Aenderung des Rechtes. Weiter unten.

den Normen des Grundbuchrechts und treten damit in einen Gegensatz zu allen übrigen Rechtsobjekten. Demnach werden auch die ein Erbbaurecht betreffenden Rechtsverhältnisse den Normen des Grundbuchrechts unterworfen. Innerhalb des Grundbuchrechts nimmt aber das Grundeigentum eine besondere Stellung ein, und diese wird auch, ebenso wie im BGB. in gewissem Masse dem Erbbaurechte teilhaftig. Eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt auf Grund der Einigung der Beteiligten über die beabsichtigte Vermögensdisposition. § 873 BGB. Für den Grundbuchrichter sieht die GBO. von diesem Erfordernis ab, und bestimmt im § 19, dass eine Eintragung seitens des Grundbuchbeamten erfolgen dürfe und müsse, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Hierdurch, durch den »formellen Konsens« ist das Eintragungsersuchen dem Richter gegenüber genügend gerechtfertigt. Diese Freiheit in der grundbuchmässigen Behandlung würde in den Fällen, wo nach materiellem Rechte die Einigung vor dem Grundbuchbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien vorgeschrieben ist, (§§ 925, 1017, 1015 BGB.) den Zweck der materiellen Norm geradezu vereiteln. Deshalb bestimmt § 20 BGB., dass in jenen Fällen, nämlich im Falle der Auflassung eines Grundstückes sowie der Bestellung und Uebertragung eines Erbbaurechts die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des andern Teiles erklärt ist. Für diese drei Fälle bestimmt § 31 BGB. noch weiter gleichmässig: »Wird im Falle der Auflassung eines Grundstückes sowie im Falle der Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts die erforderliche Einigung des Berechtigten und des andern Teiles durch Bevollmächtigte vor dem Grundbuchamt erklärt, so ist die Vollmacht stempelfrei, wenn das der Einigung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft von einem Notar beurkundet und die Vollmacht in der Urkunde erteilt ist.« Für die Gültigkeit der Eintragung ist allerdings, da der § 20 nur Ordnungsvorschrift ist, die vorherige Erklärung nicht erforderlich.

Ueber den § 20 hinausgehend kann gemäss § 98 GBO. durch Landesgesetz bestimmt werden, dass das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 BGB. erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Preussen hat von diesem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht, wohl aber z. B. Bayern, Baden, Württemberg und Elsass-Lothringen. Sie alle übertragen den Wortlauf des § 98 GBO. getreu in die Ausführungsgesetze, ohne die Erbbaurechte zu erwähnen.[1]

Die Redaktoren dieser Gesetze scheinen also angenommen zu haben, der Vorbehalt des § 98 erstrecke sich nicht auf Erbbaurechte, und wenn dieses der Fall ist, mit Recht. Turnau-

[1]) Vgl. für Sachsen Artikel 18 der Verordnung vom 26. Juli 1899.

Foerster[1] weisen richtig darauf hin, dass bei dem innernen Zusammenhange, in welchem § 98 B.O. zu § 20 daselbst stehe, nicht unbeachtet gelassen werden dürfe, dass letzterer die Uebertragung des Erbbaurechts nicht Auflassung nenne und deshalb auch im § 98 das Wort Auflassung sich nicht auf Erbbaurechte beziehen könne,[2] dass überhaupt in den Fällen, in denen eine besondere Erwähnung des Erbbaurechts erwartet werden konnte, unter Auflassung nicht auch die für die Bestellung oder Uebertragung des Erbbaurechts erforderliche Einigung verstanden werden kann, ist aus dem BGB. und seinen Nebengesetzen mit Sicherheit zu schliessen, so aus der Fassung der Artikel 143 des E.G. z. BGB.[3] und den Ausführungsgesetzen. Auf eine enge Auslegung des Begriffes weist auch seine Bedeutung in früherer Zeit hin. Im Mittelalter wird mit uplat eine feierlich-formelle Verzichtleistung auf ein Grundstück bezeichnet; auch nach preussischem Recht versteht man unter Auflassung etwas ganz bestimmt Umgrenztes, nämlich nach § 2 des Gesetzes über den Eigentumserwerb die Erklärung des eingetragenen Eigentümers, dass er die Eintragung bewillige und die Erklärung des Einzutragenden, dass er die Eintragung beantrage. Da das BGB. im Gegensatz zu dem § 828, Absatz des 1. Entwurfs eine solche Auflassungsformel nicht kennt, so ist jede Erklärung, welche unzweideutig den Willen der beteiligten erkennen lässt, Grundeigentum zu übertragen, eine wirksame Auflassung. Angesichts der geschichtlichen Entwickelung dieses Begriffes wird man aber trotzdem bei anderen als den die Uebertragung des Grundeigentümers bewirkenden Erklärungen von Auflassung nicht sprechen können, zumal die Einigungserklärungen bei der Bestellung des Erbbaurechts als eines im Gegensatz zum Eigentum durch den Parteiwillen inhaltlich bestimmten Rechtes eine im Einzelfalle verschiedene Gestaltung annehmen können.[4] Eine Berichtigung des Grundbuches erfolgt nach der

[1]) Anm. 1 zu § 1017 siehe auch Wittmaack p. 17, Anm. 1, ebenso Predari zu § 98; a. M.: Oberneck p. 505, Dennler p. 83, Fuchs 5a zu 1015
[2]) Art. 145: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehnung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, dass die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 des BGB. ausser vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht . . . . erklärt werden kann. Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen es bei der Auflassung eines Grundstückes der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile nicht bedarf, wenn . . . Art. 26 des preussischen A. G. z. BGB. § 1: die Auflassung sowie die zur Bestellung der Uebertragung eines Erbbaurechts erforderliche Einigung kann ausser vor dem Grundbuchamt vor einem andern preussischen Amtsgericht oder einem preussischen Notar erklärt werden. Jeder Teil ist berechtigt, zu verlangen, dass die Auflassung vor dem Grundbuchamte erfolgt. Zustimmend: Turnau-F. Bem. 1 zu § 1015, Wittmaack p. 17, Anm. 1. [4]) Zustimmend Heinitz, Stempelsteuergesetz 3. Auflage p. 285 Der preussische Stempeltarif spricht in Tarifstelle 8 von: Auflassungen von inländischen Grundstücken, Bergwerken, unbeweglichen Bergwerksanteilen oder

GBO. in der Regel, sobald derjenige die Berichtigung bewilligt, der von ihr betroffen wird, oder ohne eine solche, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen (§§ 22, Abs. 1, 19 GBO. siehe auch § 14 GBO.). Dies genügt nicht zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten; es muss der neueinzutragende Eigentümer oder Berechtigte zustimmen, trotzdem er der gewinnende Teil ist. Diese Vorschrift ist damit begründet, dass das Eigentum, abgesehen von der ihm an sich innewohnenden Bedeutung, nicht blos Rechte gewähre, sondern auch Verpflichtungen öffentlich rechtlicher Natur, insbesondere in polizeilicher und steuerlicher Hinsicht auferlege und dass dieser Gesichtspunkt ebenso, wie bei der rechtsgeschäftlichen Uebertragung des § 20 GBO. auch bei der zur Berichtigung erfolgenden Umschreibung des Eigentums zutreffe.[1] Ob diese Begründung ganz zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann es keinen Unterschied machen, ob die Berechtigung dadurch geschieht, dass bezüglich eines schon bestehenden Rechtes die Umschreibung auf einen andern Berechtigten erfolgt.

Der Unterschied mit dem § 20 besteht darin, dass dort die Auflassung, hier nur die erklärte, oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzte Zustimmung dessen, der eingetragen werden soll, erforderlich ist.[2]

### C. Die Gleichstellung des bestehenden Erbbaurechts.

#### a) Der Gegenstand des Erbbaurechts, dessen Bestandteile.

Sobald ein Erbbaurecht begründet ist, erhebt sich die Frage, was Gegenstand des Erbbaurechts ist. Diese Frage löst die andere aus, ob das Erbbaurecht wesentliche Bestandteile haben kann, ob die §§ 93, 94 BGB. wie für Grundstücke, so auch für Erbbaurechte Geltung haben. Nur wenn diese Frage bejaht wird, haftet das Bauwerk für die auf dem Erbbaurechte ruhenden dinglichen Lasten, insbesondere die Hypotheken. Da das Erbbaurecht seinen Wert für die an ihm dinglich Berechtigten erst durch das Bauwerk erhält, so ist die Frage für die Brauchbarkeit des ganzen Rechtsinstitut von erheblicher Bedeutung.

---

selbständigen Gerechtigkeiten. In diesem konkreten Falle wird man trotzdem das Erbbaurecht unter die Tarifstelle 8 subsummieren können, weil das vor dem 1. Januar 1900 erlassene Stempelgesetz sich nicht an den Sprachgebrauch des BGB. anschliesst, und die Vorschriften über die Entrichtung von Stempeln mit Rücksicht auf die jeweils bestehenden und möglichen Rechtsgeschäfte erlassen und bei Aenderung des materiellen Rechtes auf dieses sinngemäss anzuwenden sind. Vgl. Heinitz, p. 285 Ba. [1]) Vgl. die Denkschrift zur GBO. in Hahns Materialien 5. Bd. p. 159. [2]) Vgl. Fuchs, Anm. 19, Turnau-Foerster, Anm. Predari, Anm. 12 zu § 22. § 99 GBO. kann nur auf bestehende Erbbaurechte Anwendung finden. Dar. s. unten.

Es sind bei der Beantwortung der Frage die beiden Fälle zu unterscheiden, ob ein Bauwerk bei Bestellung des Rechts schon errichtet ist, oder ob es erst vom Erbbauberechtigten in Ausübung des Rechtes errichtet wird.

Im letzteren Falle wird das Bauwerk nach § 95, Abs. 1, Satz 2 nicht Bestandteil des Grundstücks, es wird vielmehr Eigentum des Erbbauberechtigten. Das Erbbaurecht, in dessen Ausübung das Bauwerk errichtet wird, muss zur Zeit der Errichtung, wenn auch als bedingtes oder betagtes, schon bestanden haben. Glaubt der Bauende irrigerweise in Ausübung eines Rechtes das Bauwerk zu errichten, so sind die Voraussetzungen des § 95, Abs. 1, Satz 2, nicht gegeben. Das Bauwerk fällt also in das Eigentum des Grundeigentümers.[1] Wenn die Errichtung des Gebäudes auf Grund eines Auftrages von einem dritten für den Erbbauberechtigten erfolgt, so wird dieser nach den Regeln über die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften Eigentümer (vgl. Wulff, p. 74f, Dernburg, III § 5,4). Die Bauwerke, die in Ausübung eines Rechtes, zum Beispiel eines Niessbrauchs errichtet sind, werden nach der herrschenden Ansicht als bewegliche Sachen behandelt, und zwar mit Recht. Denn indem das Gesetz zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen unterscheidet, rechnet es alles, was nicht Grundstück ist, zu den beweglichen Sachen, ohne auf den natürlichen Begriff der Beweglichkeit Rücksicht zu nehmen.[2] Beim Erbbaurecht muss indessen, da es selbst den Grundstücken gleichgestellt ist, ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Recht und dem Bauwerk angenommen werden, indem man das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil des Rechts auffasst. Oertmann (in Kohlers Archiv Bd 20, p. 190 f.) führt zur Begründung dieses Satzes aus, wie in den Fällen des sogenannten subpignus das erste Recht nicht Objekt des zweiten ist, sondern in so und so beschränkter Weise auf dem Träger des zweiten übertragen wird, sodass Mutter- und Tochterrecht dasselbe Objekt haben, und die genannten Ausdrücke nur eine, im Interesse der Bequemlichkeit erträgliche, aber logisch nicht genaue Bezeichnung darstellen, so auch hier. Es werden aus der Gesamtheit der Qualitäten des Grundstücks die dem Erbbaurecht unterworfenen gewissermassen als ausgeschieden angesehen und mit einem diese Verselbständigung bezeichnenden besonderen Namen belegt. Nicht auf das Erbbaurecht als Recht, sondern auf die insoweit verselbständigten Qualitäten des Grund-

---

[1]) Ebenso Wolff p. 74, 77, auch Lau p. 42. Dagegen nimmt Fuchs p. 15 a. a. an, es genüge ein Putativtitel, damit § 95, Abs. 1, Satz 2, anwendbar sei. Auch Hölder, Anm. 2 zu § 95 sagt, auch der verbinde etwas in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke, der sich das Recht zuschreibe. [2]) So auch Fuchs 1, p. 11. Dernburg III, § 54, 2, Endemann II, § 6, Anm. 11, Lau p. 31, Anm. 1, Wolff p. 81, auch das RG. Bd. 65, p. 284, Jur. Wochenschrift 1903, Beilage p. 90, 1904, p. 543.

stücks, die dem Erbbaurecht unterworfen sind, wird im § 1017 in wiederum logisch anfechtbarer, aber bequemer und im Grunde unmissverständlicher Weise der Ausdruck Erbbaurecht zur Anwendung gebracht. Der dem Erbbaurecht unterworfene Grundstücksteil ist natürlich eine körperliche Sache, nicht wie das Erbbaurecht ein blosses Gedankending, und nichts braucht uns an der Annahme zu hindern, dass dieser verselbständigten Sache wesentliche Bestandteile zukommen, zu denen dann natürlich nach § 94 das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude zu zählen ist.«[1] Diese Erklärung widerstrebt u. E. dem römisch modernen Eigentumsbegriffe, wonach die dinglichen Rechte aus dem Eigentum abgeleitet sind, sie lehnt sich dagegen an die ältere deutsche Anschauung an, dass mehrere Arten der rechtlichen Sachherrschaft gleichberechfigt nebeneinander bestehen können, an. Von diesem längst verlassenen Standpunkte aus konnte man von dem Grundstücke als einem dem Erbbaurecht unterworfenen und von dem gleichen Grundstücke zugleich als dem einem sonstigen Verfügungs- oder Nutzungsrechte unterworfenen sprechen. Für das BGB. sind die Ausführungen Oertmanns als eine Begründung aus dem Gesetze nicht anzusehen, insbesondere auch deshalb nicht, weil das BGB. beim Erbbaurecht die Fiktion des sächsischen Rechtes, es werde der Baugrund vom Grundstücke abgetrennt, abgelehnt hat. Klein (p. 33) nennt die Konstruktion Oertmanns »allzu transcedental« und will damit wohl ebenfalls andeuten, dass sie sich von dem im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen in unzulässiger Weise entfernt.

Eine ähnliche Erklärung wie Oertmann gibt Boehm, der sagt, der »Gegenstand« des Erbbaurechts sei dem Grundstück gleichgestellt. (Ebenso: Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1017, Anm. 3 zu § 90). Fuchs (Bem. 2 zu § 1017, ihm zustimmend Lau, p. 53), folgert einfach aus § 1017, dass das Erbbaurecht wesentlicher Bestandteil des als Grundstück geltenden Erbbaurechts sei; Wittmaack (p. 67, 70) führt aus: »Für die an einem Grundstücke bestehenden Hypotheken haften die auf demselben befindlichen, dem Eigentümer gehörigen Gebäude. Die Anwendung dieser Regel auf Erbbaurechte ergibt, dass für die an einem Erbbaurecht bestehenden Hypotheken auch die dem Rechte des Erbbauberechtigten unterliegenden, ihm gehörenden Gebäude haften müssen. Das folgt aus § 1017. Wenn aber in Bezug auf das Verhältnis der dem Erbbaurecht unterliegenden, dem Erbbauer gehörigen Gebäude gleiche Rechtsregeln wie in Bezug auf das Verhältnis der dem Eigentümer des Grundstückes gehörenden, auf dem Grundstück befindlichen Gebäude zu dem Grundeigentum Geltung hätte, so

---

[1]) Zustimmend: Staudinger-Kober, Bem. 1 zu § 1017, Hartmann p. 24, Wirth p. 57, 60.

könne auch der Erbbauer ebensowenig befugt sein, die Gebäude ohne das Recht zu veräussern oder sie zu verpfänden, wie der Eigentümer eines Grundstücks veräussern oder besondere Rechte daran bestellen dürfe. U. E. ist diese Begründung deshalb nicht durchschlagend, weil der Vordersatz, von dem Wittmaack ausgeht, erst aus dem zu beweisenden Satz gefolgert werden kann. Auch Schubert (p. 20) nimmt eine erst zu beweisende Tatsache als feststehend an, um die Bestandteilseigenschaft der Bauwerke zu beweisen. Er führt nämlich aus: Weil das Eigentum des Erbbauberechtigten an dem Bauwerk mit dem Erbbaurecht selbst untrennbar verbunden sei, und das Bauwerk immer rechtlich das Schicksal des Erbbaurechts teile, so sei man berechtigt, das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts zu bezeichnen. Ueberzeugender lässt sich die Eigenschaft der vom Berechtigten errichteten Bauwerke als notwendige Bestandteile u. E. auf folgende Weise begründen: Das BGB. hat einer natürlichen Anschauung entgegen aus praktischen Rücksichten die Bestimmung aufgenommen, dass ein Bauwerk auf einem Grundstücke stehen kann, ohne dass es dessen rechtliches Schicksal teile. Weiter sagt das Gesetz, dass an einem Grundstück Rechte bestehen können, die auch wie Grundstücke zu behandeln sind. Das ist gleichfalls unnatürlich und unlogisch. Wenn nun beides zusammentrifft, das gewisse Bestandteile eines Grundstücks rechtlich von ihm getrennt sein sollen, weil sie in Ausübung eines Rechtes mit dem Grundstücke verbunden sind, dieses Recht aber seinerseits als Grundstück zu behandeln ist, so liegt nichts näher, als diese unnatürlichen Sätze durchzuführen und die Gebäude als Bestandteile des andern fingierten Grundstücks anzusehen. Da allgemein die Eigenart der wesentlichen Bestandteile nicht so sehr darin zu finden ist, dass sie mit andern eine körperliche Einheit bilden, sondern vielmehr darin, dass sie ihren wirtschaftlichen Zweck und damit ihren Wert regelmässig nur in der von ihnen gebildeten Sache haben, da ferner nach § 96 Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks gelten, ferner nach den §§ 890, 1017 ein Erbbaurecht und ein Grundstück zu einer Einheit verbunden werden können, das Gesetz also in diesen Fällen eine organische Verbindung eines Rechtes mit einem körperlichen Gegenstand zulässt, so ist es als dem Wesen des BGB. nicht widersprechend und deshalb als durch § 1017 Abs. 1 ausgesprochen anzusehen, dass Sachen wesentliche Bestandteile eines Erbbaurechts sein können.[1] Ein Erbbaurecht kann auch in der Weise bestehen, dass das vom Berechtigten hergestellte Bauwerk zum Teil auf dessen eigenem, zum Teil auf fremden Grund

[1] Im wesentlichen übereinstimmend: Kohn p. 22ff. vgl. Motive III, p. 41, Fuchs p. 14, Dernburg III § 5,2.

und Boden steht, der dem Erbbaurechte unterworfen ist. Das ganze Bauwerk ist alsdann Bestandteil des Erbbaurechts.[1] Da die dem Erbbauberechtigten gehörigen Bauwerke wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts sind, so können sie nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, insbesondere nicht allein veräussert werden. Goldmann-Lilienthal wenden sich gegen die hier vertretene Ansicht, indem sie ausführen, wenn man zugebe, dass das Bauwerk dem Grundeigentümer gehören könne, die Verbindung des Erbbaurechts mit dem Eigentum am Bauwerke also kein begriffliches Erfordernis sei, so stehe auch nichts der Annahme entgegen, dass Erbbaurecht und Bauwerk von einander getrennt werden könnten, ohne dass das eine oder das andere zerstört oder in seinem Wesen verändert werde. Wollte man diese Ausführungen für durchschlagend halten, so müsste man annehmen, dass auch der Eigentümer eines Grundstückes stets die darauf befindlichen Bauwerke allein veräussern könne. Denn nach den §§ 93, 95 kann auch ein auf einem Grundstück befindliches Bauwerk einem dritten gehören und Gegenstand besonderer Rechte sein. Ebenso wie die Gebäude eines Grundstückes nicht stets dessen Bestandteile, brauchen die dem Erbbaurecht unterliegenden nicht notwendige Bestandteile des Erbbaurechts zu sein. Wenn endlich Wolff p. 78, sagt, wo das Gesetz die Untrennbarkeit zweier Rechte genügend habe bestimmen wollen, sei dies ausdrücklich geschehen, so beim subjektiv dinglichen Verkaufsrecht und der subjektiv dinglichen Reallast (§§ 1103, Abs. 1), so ist dem schon von Lau p. 49, 50 mit Recht entgegengehalten, dass in den genannten Fällen die Verbindung zwischen dinglichem Recht und dem Eigentum am herrschenden Grundstück eine künstliche ist, beim Erbbaurecht in der Errichtung des Bauwerkes aber gerade die Ausübung des Rechtes liegt, das Eigentum am Bauwerk also ein Ausfluss des Rechtes ist.[2] Da das Bauwerk nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, auch mit dem Erlöschen des Erbbaugrundstücks nicht wird, so ist der Berechtigte zur Fortnahme des Bauwerks befugt, ohne dass der Grundeigentümer die Abtrennung durch Ersatz des Wertes verhindern könnte. § 997, Abs. 2 ist also nicht

---

[1]) Fuchs Bem. 7 zu § 1012, Planck, Biermann, Turnau-F. zu § 1014, Kretzscmar, Zentralbl. p. 438, vgl. insbesondere R. G. 39, p. 207, Bd. 40, p. 267, Bd. 61, p. 192. [2]) Ausser Wolff verneinen auch Männer, p. 265, Anm. 15 und Planck, Bem. 2 zu § 1017, dass die Gebäude wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts seien, jener, weil die Voraussetzungen des § 94 nicht gegeben seien, dieser, weil das Bauwerk nicht notwendig im Eigentum des Erbbauberechtigten zu stehen brauche. Die hier vertretene Ansicht ist die überwiegend vertretene: so ausser den Genannten: Fuchs Bem. 2 zu § 1017, Dennler S. 88, Biermann, Bem. 1 zu § 1017, Endemann II, § 97, Anm. 14, Schubert p. 20. André, im Jur. Literaturbl. p. 5 gibt zu, dass erhebliche Gründe dafür sprechen, die Grundsätze über Bestandteile anzuwenden. Er und Gierke, II § 141, Anm. 13 fassen indessen die Gebäude als Zubehör auf.

anwendbar, da dessen Voraussetzungen nicht gegeben sind.[1] Wenn der Grundeigentümer ein Bauwerk auf seinem Grundstücke errichtet, so ist dieses nach § 94 dessen wesentlicher Bestandteil. Als solcher kann es nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, also auch nicht bei der Bestellung von selbst mit in das Eigentum des Berechtigten übergehen. Das Gleiche gilt, wenn der Erbbauberechtigte im Auftrage oder wenigstens mit Genehmigung des Eigentümers für diesen oder wenn der Eigentümer selbst während der Dauer des Erbbaurechts ein Bauwerk errichtet. (Ebenso Hartmann p. 20, Wolff p. 73). Demgegenüber vertritt Lehmann die Ansicht, (bei Enneccrus-Lehmann II, p. 222, zustimmend: Cosack § 220 I 4) wenn der Berechtigte das Bauwerk »haben« d. h. zu Eigentum haben müsse, so verliere das Bauwerk bei der Bestellung des Rechtes die ihm bis dahin nach § 93 zustehende Eigenschaft eines wesentlichen Grundstücksbestandteiles und gehe in das Eigentum des Erbbauberechtigten über. Diese Ansicht geht, wie schon oben dargelegt, von einer falschen Auffassung des Wortes »haben« aus. Aber selbst wenn die Voraussetzung richtig wäre, so ist das Bauwerk doch nicht vom Berechtigten in Ausübung eines Rechtes am Grundstücke errichtet. Nur unter dieser Voraussetzung fehlt nach § 95 Abs. Satz 2 dem Bauwerk die Eigenschaft eines wesentlichen Grundstücksbestandteils. (Ebenso Hartmann p. 16). Oberneck begründet seine Ansicht, dass das Gebäude stets Bestandteil des Erbbaurechts sei, damit, der Grundsatz »aedificium solo cedit« gelte analog für das Erbbaurecht, möge der Erbbauberechtigte selbst das Gebäude errichtet oder möge er es bereits vorgefunden haben. Dies ist nicht zutreffend. Jener Grundsatz kann auf das Erbbaurecht nur angewendet werden, wenn und in so weit er für das Grundstück keine Geltung hat. Hinsichtlich der bei Bestellung des Erbbaurechtes vorhandenen Gebäude hat jener Satz Geltung, und diese kann nicht durch die nachträgliche Bestellung des Erbbaurechtes aufgehoben werden. Soweit es sich, wie hier, um die Abgrenzung der rechtlichen Sphäre des Grundstücks und des Erbbaurechts handelt, tritt der Immobiliarcharakter des Erbbaurechtes zurück.

War also ein Bauwerk bereits Bestandteil des Grundstücks, so kann es nicht nachträglich Bestandteil des Erbbaurechts sein.

Wird das einen Bestandteil des Grundstücks bildende aber dem Erbbaurecht unterworfene Bauwerk zerstört, so bleiben die

[1]) Ebenso Wolf, Seite 81, Planck Bem. 4 zu § 1016 Turnau-F. I p. 543, Wittmaack p. 64f. Wilutzky p. 535, Oertmann, bei Hirth p. 568; Dieser hebt mit Recht hervor, der Umstand dass das Erbbaurecht nicht mehr existire, nehme der Tatsache ihre Bedeutung nicht, dass das Gebäude seiner Zeit vom Erbbauberechtigten in Ausübung seines Rechtes mit dem Grundstück verbunden worden sei. a. M. Silberschmidt, p. 412; mit dem Wegfall des Sonderrechts werde das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grund und Bodens.

Materialien dem dinglichen Rechte unterworfen, er darf sie also zur Wiederherstellung eines Bauwerkes benutzen.[1] Wenn der Berechtigte zum Teil mit eigenem, zum Teil mit fremden Materialen gebaut hat und nach den Grundsätzen der §§ 947 oder 950 nur Miteigentum erwerben würde, so entsteht Alleineigentum des Grundeigentümers. Denn das Gebäude kann nicht zu einem ideellen Teile wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sein und insoweit durch Akzession dem Grundeigentümer zufallen, zu einem andern Teile aber vom Grundstück losgelöst sein. Der § 95, Abs. 1 Satz 2 setzt voraus, dass der Bauende durch den Bau Alleineigentümer des Gebäudes werde. (So Wolff p. § 84f, zustimmen Lau p. 50). Dies wird in der Regel eintreten, nämlich stets dann, wenn in der Hauptsache Materialien, die dem Erbbauberechtigten gehören, zur Verwendung kommen. (So auch Kretzschmar p. 439). Wenn man die enge rechtliche Verbindung als Bestandteil zwischen Sachen und Erbbaurecht für zulässig hält, so wird dies auch bei der viel loseren Verbindung als Zubehör angängig sein, wenn nur das grundstücksgleiche Recht, wie es beim Erbbaurecht der Fall ist, in seiner Ausnutzung an den örtlichen Bereich des dienenden Grundstücks gebunden und die Zubehörsache zu dem mit dem Rechte belasteten Grundstück in das nach § 97 geforderte räumliche Verhältnis gebracht ist.[2] Das Zubehör des Grundstücks ist natürlich ein anderes als das des Erbbaurechts, weil der wirtschaftliche Zweck beider ein verschiedener ist. Der § 98, Ziff. 2, der von Landgütern spricht, passt für Erbbaurechte nicht, dagegen finden die §§ 98, Ziff. 1, 99—103 auf das Erbbaurecht wie auf ein Grundstück Anwendung.

### b) Form und Arten des Erwerbs des Rechts.

Der Vertrag, durch den sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, sein Recht zu übertragen, bedarf, wie bereits bemerkt, der im § 313 vorgeschriebenen Form. Die Uebertragung des Rechtes kann auch an den Eigentümer des belasteten Grundstücks erfolgen, ohne dass das Recht erlischt. § 889. Auch in diesem Falle ist für den die Verpflichtung zur Uebertragung begründenden Vertrag die Form des § 313 notwendig. Der Grundeigentümer kann aber weiter dadurch die Befugnisse des Erbbauberechtigten

[1]) So die gemeine Meinung, so auch Dernburg III, § 162, 10; dagegen nimmt Lau, p. 58, an, auf Grund des § 954 erwürbe der Berechtigte Eigentum an den Materialien des zerstörten Hauses. Die Bezugnahme auf § 954 erscheint indessen durchaus verfehlt. [2]) So Crusen Müller, Bem. B 3b zu art. 40. In den Protokollen III, p. 645 wird ausgeführt, dass beim Erbbaurechte nur scheinbar der Satz durchbrochen werde, der Zubehörbegriff sei auf das Verhältnis von Sache zu Sache beschränkt. [3]) auch Turnau-F. I, p. 34, Männer § 4 Anm. 80 Wittmaack p. 69, Dernburg § 6, IV, Fuchs 3b zu § 1017, a. M. anscheinend Biermann, Bem. 1 zu § 1017.

wiedererlangen, dass dieser auf sein Recht verzichtet. Welcher Form bedarf nun der eine solche Verpflichtung enthaltende Vertrag? Was dinglich wirkenden Erklärungen und die mit diesen Erklärungen in Zusammenhang stehenden Eintragungen betrifft, so sind beim Verzichte auf das Erbbaurecht die für Rechte an Grundstücken gegebenen Vorschriften massgebend. Das folgt, wie oben dargelegt ist, nicht aus der ausdrücklichen Erwähnung des Erwerbes im Abs. 2, des § 1017; es geht vielmehr aus der Natur des Erbbaurechts als Grundstücksbelastung hervor, die im Grundbuchwesen notwendigerweise zum Ausdruck gelangen muss. Bei dem obligatorischen Rechtsgeschäft handelt es sich lediglich darum, ob der Vertrag einer bestimmten Form bedarf. Dafür sprechen die gleichen Gründe, wie bei der Bestellung des Rechts. Auch hier handelt es sich um einen Vertrag über ein Erbbaurecht, der dem Vertrage über die Bestellung oder Uebertragung des Rechts völlig gleichwertig ist. Wenn man bei der Bestellung es für unerheblich hält, dass von einer Auflassung dabei nicht die Rede sein kann, so ist das gleiche Bedenken auch im vorliegenden Falle nicht als ausschlaggebend zu erachten. Wittmaack p. 33 verneint hier die Anwendbarkeit des § 313, weil das Erbbaurecht grundsätzlich als Belastung anzusehen sein, soweit die Belastungsnatur des Erbbaurechts in Frage kommt. Das trifft aber eben nur bei der dinglichen Einigung zu. Dennler (a. a. O. p. 147f) der den Vertrag über die Aufhebung ebenfalls für formbedürftig hält, fügt dem hinzu, alsdann müsse aber auch Satz 2 des § 313 bei der Aufhebung Anwendung finden. Dies ist insofern richtig, als anzunehmen ist, dass ein formloser Vertrag seinem ganzen Inhalt nach giltig wird, wenn die Löschung des Rechts im Grundbuche erfolgt ist. Von einer wörtlichen Anwendung des § 313 Satz 2, derart, dass zur Aufhebung die Form der Auflassung notwendig sei, kann dagegen keine Rede sein.[1] Der Vertrag, durch welchen der Erbbauberechtigte sein Recht überträgt, ist ebenso wie der Vertrag über die Bestellung des Rechts, Kauf, Tausch oder Schenkung. Auf ihn finden die obenerwähnten Vorschriften über den Kauf ebenfalls Anwendung. Ausserdem ist der § 434, wonach der Verkäufer dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen hat, von Bedeutung, ebenso § 439, Absatz 2, wonach der Verkäufer eine Hypothek, eine Grundschuld, Rentenschuld zu beseitigen hat, auch wenn der Käufer die Belastung kennt. § 439, Abs. 2 gilt nicht für Reallasten, insbesondere also auch nicht für die in Form einer Reallast auf dem Erbbaurecht ruhende Zinspflicht. Das folgt daraus, dass § 439 Abs. 2 eine erschöpfende Aufzählung der Belastungen enthält, die der Verkäufer in jedem

[1]) Die Form des § 313 hält auch Staudinger-Kober. Bem. 1 d zu § 1015 für erforderlich. A. M. Kretzschmar, Zentralbl. p. 441, Turnau-F. Bem. 1 zu § 1017.

Falle zu tragen hat.[1] Falls auf dem Erbbaurecht öffentliche Lasten ruhen, so hat der Verkäufer sie dem Käufer des Rechts gegenüber ebenso wenig zu vertreten, wie der Verkäufer eines Grundstücks. § 436. Die bereits erwähnten Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Käufers finden auch nach § 523 entsprechende Anwendung, wenn der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen hat, den er erst erwerben sollte. Man wird den § 523 auch dann anwenden können, wenn jemand einem andern die Uebertragung eines Erbbaurechts schenkweise verspricht, welches ihm ein dritter erst bestellen oder übertragen soll. Eine besondere subsidiäre Regelung des Schuldverhältnisses gestattet Art. 96 E. G. für den Fall, dass mit der Ueberlassung eines Grundstücks ein Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugsvertrag abgeschlossen wird. Das gleiche muss nach § 1017 auch für bestehende Erbbaurechte gelten. Die hierzu erlassenen Vorschriften werden übrigens ohne ausdrückliche Erwähnung der Erbbaurechte für diese gelten, denn sie formulieren nur den vermutlichen Willen der Parteien. Dieser wird aber der gleiche sein, mag es sich um ein Grundstück oder ein Erbbaurecht handeln.

Das Erbbaurecht kann ausser durch rechtsgeschäftliche Uebertragung durch Eingehung der Gütergemeinschaft, durch Erbfolge und durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben werden; §§ 1438 Abs. 3, 1519, 1549, 1922, 1942, 2032, 2100, 2139, § 90 Zw. V. G. Wenn der Erbbauberechtigte ohne Hinterlassung von Verwandten und eines Ehegatten stirbt, so wird nach § 1936 der Fiskus des Bundesstaats, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, gesetzlicher Erbe. Wirth (p. 44) meint, aus rechtlichen wie praktischen Gründen eine Konsolidation mit dem Eigentum annehmen zu müssen, wenn es sich um ein Erbbaurecht handle. Der Grundeigentümer werde geschädigt, wenn das Recht, dauernd auf den Fiskus überginge. Demgegenüber ist indessen zu beachten, dass die Vererblichkeit gerade ein Merkmal des Erbbaurechts ist und das der Fiskus nach dem BGB. zu den gesetzlichen Erben zählt.[2]

Die dingliche Einigung über die Uebertragung des Erbbaurechts regelt ausdrücklich § 1017 BGB. Der § 926 Abs. 2 bestimmt sodann: Sind die Veräusserer und deren Erwerber darüber einig, dass sich die Veräusserung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück auch das Eigentum an den zur Zeit des Er-

[1]) So Wittmaack p. 34. Nach seiner Ansicht gilt § 439 Abs. 2 nur für wirkliche Lasten des Erbbaurechts, nicht für die Beschränkungen des Inhaltes des Rechts selbst. Eine solche Beschränkung des Rechts gegenüber dem grösstmöglichen Umfange habe der Verkäufer nur nach § 437 zu vertreten. [2]) Für die Anwendbarkeit des § 1936 auf Erbbaurechte auch Hagenuger p. 53, Lau, p. 26.

werbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräusserer gehören. Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräusserung dem Besitz von Zubehörstücken, die dem Veräusserer nicht gehören oder mit Rechten dritter belastet sind so finden die Vorschriften der §§ 932—936 Anwendung. Da das Erbbaurecht Zubehör haben kann, so gilt die Vorschrift auch bei seiner Uebertragung. Der Erwerber des Rechtes darf das Zubehör alsdann im Rahmen seines Rechtes benutzen. Ebenso ist bei der Bestellung des Rechtes § 926 sinngemäss anzuwenden, derart das die Bestellung sich auf solche bewegliche Sachen erstreckt, die dem wirtschaftlichen Zwecke des Erbbaurechts zu dienen bestimmt sind und in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zum Erbbaurechtsgrundstücke stehen.[1] Der § 1445 schreibt für die Verfügung des Mannes über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung die Einwilligung der Frau vor. Das gleiche gilt gemäss § 1017 für die Verfügung oder Erbbaurechte. (Ebenso Wittmaack p. 15) für die Bestellung eines Erbbaurechts gilt § 1445 deshalb, weil darin eine Verfügung über das Grundstück liegt. Nach Art. 88 E. G. können die Landesgesetze den Erwerb von Erbbauberechtigten ebenso wie von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen. (S. Schubert p. 14, Anm. 3).

Zu prüfen ist, ob die §§ 927, 928 auf Erbbaurechte anwendbar sind. Nach § 928 kann das Eigentum an einem Grundstücke dadurch aufgegeben werden, das der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt, und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Das Grundstück wird alsdann herrenlos. Nach Abs. 2 des § 928 hat der Fiskus des Bundesstaates, in dessen Gebiete das Grundstück liegt, das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, dass er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lässt. Wohl sämtliche Schriftsteller sind nun darin einig, dass es ein herrenloses Erbbaurecht nicht gebe, dass vielmehr aus dessen Natur als Grundstücksbelastung zu folgern sei, mit dem Verzicht werde das Recht nicht herrenlos, sondern gehe in dem Grundstück, aus dem es hervorgegangen sei, wieder auf, es konsolidiere sich mit dem Eigentum.[2] Der § 928 sei also auf Erbbaurechte nicht anwendbar.[3] Ganz ähnlich wie im Falle des § 928 ist die Rechtslage im Falle des § 927. Nach § 927 kann der eingetragene oder nicht eingetragene Eigentümer eines Grundstücks, wenn dieses seit 30 Jahre im Eigenbesitz eines andern ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. Der-

[1]) Auch Wittmack p. 25, Fuchs Bem. 51 zu § 1017 halten den § 926 bei der Bestellung für anwendbar. [2]) So z. B. Männer p. 268, § 32, Turnau-Förster 1, 531, Kretzschmar, Zentralblatt p. 443. [3]) Anm. Das gleiche gilt von dem Art. 129 E. G., da er die Anwendbarkeit des § 928 voraussetzt.

jenige, welcher das Ausschlussurteil erwirkt hat, erlangt das Eigentum dadurch, dass er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lässt. Wie ist aber die Rechtslage vor dieser Eintragung? Alsdann steht das Grundstück nach dem Wortlaute des Gesetzes weder im Eigentum des durch das Urteil Ausgeschlossenen, noch im Eigentum dessen, der das Urteil erwirkte. Das Grundstück muss also herrenlos angesehen werden.[1] Es widerspricht dem unzweideutigen Sinne des Gesetzes, wenn Wittmaack (p. 63, Anmerkung 1) annimmt, mit dem Verlust des Grundstückes seitens einer Person falle der Erwerb seitens einer andern zusammen, oder wenn Oberneck (I, p. 509) sagt, es sei nicht davon die Rede, das etwa durch das Ausschlussurteil der Verlust des Eigentums eintrete, oder wenn Endemann (§ 78, Anm. 10), behauptet, der bisherige Eigentümer scheide erst völlig aus, wenn der Eigenbesitzer seine Eintragung verlautbare.[2] Zuzugeben ist, dass der, welcher das Ausschlussurteil erwirkt hat, schon mit der Ausschliessung des bisherigen Eigentümers ein gewisses Recht darauf hat, als Eigentümer eingetragen zu werden. Dieses Recht wird man als ein Aneignungsrecht bezeichnen können.[3] Die Sachlage ist also die gleiche wie im Falle des § 928 (vgl. Motive 3, p. 330). Hier hat der Fiskus, dort der Ausschliessungsberechtigte ein ausschliessliches Aneignungsrecht an dem in niemandes Eigentum stehenden Grundstücke. Aber selbst wenn man das Recht des Ausschliessungsberechtigten mit Dernburg (§ 93 Anm. 5, 6) als ein von der Rechtbedingung der Eintragung abhängiges Eigentumsrecht hält, so ist er doch, ebenso wie der Fiskus im Falle des § 928, in der Lage, von seinem Aneignungsrechte keinen Gebrauch zu machen, seine Eintragung im Grundbuche zu unterlassen und damit den Erwerb des Eigentums zu vereiteln. Da der Ausgeschlossene sein Eigentum mit der Rechtskraft des Urteils verloren hat, so steht das Grundstück alsdann in niemandes Eigentum. Ein solcher Zustand muss beim Erbbaurecht im Falle des § 927 aus den gleichen Gründen für unmöglich gehalten werden wie im Falle des § 928. Beide Bestimmungen sind daher auf Erbbaurechte nicht anwendbar.[4] Lediglich aus dem Grunde weil § 927

[1]) So Staudinger-Kober Bem. 1, 3 zu § 927, Crome III, § 404 Anm. 100, Oberneck I, § 74, 2; Güthe I p. 424, Anm. 141, Männer § 24 p. 191, auch wohl Goldmann-Lilienthal § 47, Anm. 19. [2]) Gegen Endemann: Goldmann-Lilienthal § 47, Anm. 19. [3]) So Fuchs, Anm. 7 zu § 927, auch Predari p. 375, Biermann Anm. 3 zu § 927. Staudinger-Kober I, 3 zu § 927, Oberneck I, § 74, 2, Güthe, I p. 424 Anm 141. [4]) Gleicher Ansicht sind: Fuchs Anm. 5d e, zu § 1016; Strecker p. 48, unter Hinweis auf die Motive III, p. 474; Schubert, p. 38, Predari Anm. 2 zu § 7 GBO. Seine Auffassung des § 927 ist indessen nicht folgerichtig. Er gibt (p. 375) zwar zu, dass das Ausschlussurteil den Verlust des bisherigen Eigentums bewirke, und dass eine Rechtsnachfolge zu Gunsten des Antragstellers nicht eintrete,) trotzdem verneint er, dass das Grundstück herrenlos werde. Gleicher Ansicht sind endlich auch die Motive zum Preussischen A. G. z. BGB. bei

in erster Linie eine Vorschrift über den Erwerb sei, kann die Anwendbarkeit nicht bejaht werden (so Planck und Oberneck Fredenhagen 46). Wie oben dargelegt sind die Vorschriften über den Erwerb nicht deshalb anwendbar, weil sie im Abs. 2 des § 1017 erwähnt sind, noch die Vorschriften über den Verlust unanwendbar, weil sie dort nicht genannt sind. Die teilweise Veräusserung eines Teiles des Erbbaurechts sowie einer realen, wie eines ideellen Teiles ist durch den Inhalt des Rechts nicht ausgeschlossen. Sie ist allerdings nicht möglich, wenn das Erbbaurecht darin besteht, ein einzelnes Bauwerk auf einem Grundstück haben zu dürfen, wohl aber, wenn das Recht das Haben mehrerer Bauwerke gestattet (ebenso Wittmaack p. 165). Alsdann ist in Anwendung des § 6 GBO. der Teil des Erbbaurechts von dem ganzen abzuschreiben und als selbständiges Erbbaurecht einzutragen. Nach Art. 119 E. G. kann durch Landesgesetz die Teilung von Grundstücken untersagt oder beschränkt werden. Der Vorbehalt bezieht sich gemäss § 1017 auch auf Erbbaurechte, doch beziehen sich die Vorschriften des Landesrechts, wenn sie nur von Grundstücken sprechen, im allgemeinen nicht auf Erbbaurechte [1] Ist ein ideeller Anteil an Erbbaurechte veräussert, so entsteht eine Gemeinschaft nach Bruchteilen. Alsdann wird das Gemeinschaftsverhältnis durch den § 1010 ebenso wie bei Miteigentum an Grundstücken geregelt. Im allgemeinen können die Teilhaber einer Gemeinschaft die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes mit Wirkung gegen die Sondernachfolger regeln § 746; sie können ferner in den Grenzen der §§ 749, Absatz 2, 750, 751, Satz 2 mit Wirkung gegen die Sondernachfolger die Aufhebung der Gemeinschaft für immer oder auf Zeit aufschliessen oder von einer Kündigung abhängig machen. Diese Rechtsbehelfe wirken nach § 1010 beim Miteigentum an Grundstücken gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuche eingetragen sind. Nach § 748 ist jeder Teilhaber einer Gemeinschaft den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sowie die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse des Anteils zu tragen. Haften die Teilhaber für eine solche Verbindlichkeit nach aussen als Gesamtschuldner oder haben sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eine Verpflichtung der Gesamtschuldner übernommen, so kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung

---

Stegemann p. 38). Für anwendbar halten den § 927 Oberneck p. 509, Planck Bem 3 zu § 1017 im Gegensatz zur früheren Auflage; Kretzschmar, p 443; Güthe I. 442, Männer § 32, Anm. 4, Kohn, p. 77, Fredenhagen, p. 46; Windscheid-Kipp I. § 223, Goldmann-Lilienthal § 55, Anm. 25; Enneccerus-Lehmann 2. Bd. § 75, Wirth p. 39, Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 1017. [1]) a. M. anscheinend Wittmaack p. 166; richtig Männer § 30 Bem. 17.

der Gemeinschaft die Berichtigung der Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand verlangen. Dasselbe kann ein jeder Teilhaber verlangen, welcher gegen einen andern Teilhaber eine Forderung hat, die sich auf das Gemeinschaftsverhältnis bezieht. Während diese Ansprüche im allgemeinen nach § 755, 756, auch gegen den Sondernachfolger geltend gemacht werden können, tritt diese Wirkung beim Miteigentum an Grundstücken nur ein, wenn die Ansprüche im Grundbuche eingetragen sind.[1] Gemäss §§ 890, 1017 können Erbbaurechte und Grundstücke dadurch zu einem einheitlichen Ganzen verbunden werden, dass sie als ein Grundstück eingetragen werden, oder es kann durch Zuschreibung ein Erbbaurecht zum Bestandteil eines Grundstücks und umgekehrt, gemacht werden. Es wiederstreitet allerdings an und für sich, wie Fuchs, Bem. 5 zu § 1012, sagt, dem juristischen Empfinden, dass ein Erbbaurecht und ein Grundstück zu einem Grundstück vereinigt werden können, doch steht eine derartige Verbindung nicht ganz vereinzelt da (s § 96). Die Anwendbarkeit des § 890 wird auch, insbesondere mit dem Hinweis auf die Motive (III, p. 468) allgemein anerkannt. Durch die Zuschreibung des Erbbaurechts zu einem Grundstück kann ein Ersatz für ein nicht zulässiges subjektiv-dingliches Erbbaurecht geschaffen werden.[2] Gegen eine den Verkehrsbedürfnissen widersprechende Anwendung des § 890 bietet der § 5 GBO. hinreichend Schutz. Danach soll ein Grundstück nur dann einem andern Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (vgl. dazu Hahn, Materialien, Bd. 5, p. 152). Da das Erbbaurecht Bestandteile haben kann, so können subjektiv-dingliche Rechte wie Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrechte und Reallasten mit ihm verbunden werden, di[illegible]ann gemäss § 96 als dessen Bestandteile gelten.

### c) Die Buchung des Erbbaurechts.

Wenn auf das Erbbaurecht die Vorschriften des BGB. über Grundstücke schlechthin anwendbar wären, so müsste es auch gemäss § 3 GBO. im Grundbuch ein Grundbuchblatt erhalten, welches für das Erbbaurecht als das Grundbuch im Sinne des bürgerlichen Gssetzbuches anzusehen wäre. Das ist indessen nicht der Fall. An Stelle des § 3 tritt für das Erbbaurecht der § 7 GBO. Danach ist die Buchung des Erbbaurechts nur teilweise

[1]) Anm auch Art. 131 E. G. bestimmt über einen bestimmten Fall des Miteigentümers, doch ist diese Vorschrift, wie Wittmaack richtig bemerkt, als eine singuläre anzusehen, die ihrer Zweckbestimmung nach auf Erbbaurechte nicht analog angewendet werden kann. Vgl. Wittmaack p. 21. [2]) Anm. Die Vorbehalte des Art. 113 über die Zusammenlegung von Grundstücken sowie die des Art. 119. Ziff 3 über die Einschränkung des § 890 haben auch für Erbbaurechte Geltung. Das gleiche gilt von der Vorschrift des § 1131.

eine den Grundstücken gleiche. Die Eintragung des Rechtes erfolgt bei seiner Begründung auf dem Blatte des zu belastenden Grundstücks in der II Abteilung der dauernden Lasten und Beschränkungen.[1] Der § 7 Satz 1 GBO. bestimmt sodann: »Ist auf dem Blatte eines Grundstücks ein Erbbaurecht eingetragen, so ist auf Antrag für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen« Dass das Recht aufschiebend oder auflösend bedingt, betagt, oder befristet ist, hindert die Anlegung eines besonderen Blattes nicht. Dieses wird unbedingt für das bedingte Recht angelegt.[2] Die Anlegung eines besonderen Blattes erfolgt von Amtswegen wenn das Recht veräussert odet belastet werden soll § 7 Satz 2 GBO. Die Begriffe der Veräussernng und Belastung dürfen hier nicht so eng gefasst werden, da jener Satz ein allgemeines Prinzip ausspricht. Wittmaack (p. 175) formuliert dieses dahin, dass ein Grundbuchblatt von Amtswegen anzulegen sei, wenn eine Eintragung vorzunehmen sei, die auf das besondere Grundbuchblatt gehöre. Welche Eintragungen dahin gehören, das ergibt sich aus dem Wesen des Erbbaurechts, aus der Belastungsnatur einerseits und seiner Grundstücksnatur andererseits. Die Rechtsverhältnisse, für welche die Eigenschaft des Erbbaurechts als Belastung massgebend ist, müssen auf dem Grundstücksblatte die übrigen auf dem besonderen Blatte gebucht werden. Zur Begründung des Rechts ist die Eintragung auf dem Blatt des Grundstücks erforderlich und genügend, weil das Recht dem Grundstück gegenüber Belastung bleibt, und demgemäss die Frage, ob es besteht, wie bei jeder andern Belastung aus den dort erfolgten Eintragungen zu ersehen ist. Dasselbe gilt für die Frage, mit welchem Inhalte das Recht besteht, ob dieser sich nachträglich geändert hat, und welchen Rang es unter mehreren Grundstücksbelastungen hat. Deshalb muss auch die Löschung, die Vernichtung der Existenz, auf dem Grundstücksblatte erfolgen. Dagegen werden der Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten, eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung, Löschung, Aenderung des Inhalts oder Ranges eines dinglichen Rechts an dem Erbbaurecht, Widersprüche gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, soweit sie auf die Person des Berechtigten oder die Belastung des Rechts sich beziehen, die endgültigen Belastungen des Erbbaurechts und die

[1]) Anm. der Eintragung des Erbbaurechts kann, wie bei der Eintragung einer jeden Grundstücksbelastung zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewillung Bezug genommen werden § 874 [2]) So Staudinger 2a zu § 1015, Oberneck I, p. 504, Fuchs Bem. 6 zu § 1015 Fischer-Henle Bem. 1 zu § 1017, folgern zu Unrecht aus § 1017, es müsse sofort ein Grundbuchblatt für das Errbaurecht angelegt werden Ein Antrag des Grundeigentümers genügt zur Anlage eines besonderen Blattes nicht; so richtig Wittmaack, p. 177, Goldmann-Lilienthal p. 380, Anm. 7, Kretzschmar, Zentralbl. p. 441. A. m. Fuchs, Bem. 5 zu § 7 GBO., Oberneck p. 503. Der Antrag bedarf nicht der Form des § 29 GBO.; § 30 BGO.

Eintragungen des Versteigerungsvermerks auf dem besonderen Blatte eingetragen. Denn alle diese Eintragungen berühren nicht das Verhältnis des Erbbaurechts zum belasteten Grundstuck, sondern das rechtliche Schicksal desselben im Vermögensverkehre.[1] Die Ansicht von Güthe (Bem. 8, 9 zu § 7 GBO. ebenso auch Turnau-Förster und Oberneck) der Uebergang des Erbbaurechts kraft Gesetzes, z. B. durch Erbgang, sei keine Veräusserung im Sinne des § 7 GBO., die Uebertragungs- und Belastungsvormerkung, auch die Verfügungsbeschränkung des Erbbauberechtigten oder eine Aenderung des Inhalts des Erbbaurechts sei keine Belastung im Sinne jener Vorschrift, wird durch die Protokolle (III, 284) unterstützt, er hat auch wohl den Wortlaut, nicht aber den Sinn des § 7 für sich. Aber auch nach dieser Meinung müssen, wenn einmal ein besonderes Blatt angelegt ist, jene Rechtsänderungen auf diesem Blatte eingetragen werden, andererseits ist aber die Vorschrift des § 7, Satz 2 nur eine reglementarische und demgemäss eine Eintragung auf dem Grundstücksblatte nicht unwirksam, die auf ein neuanzulegendes Erbbaurechtblatt hätte gebracht werden müssen. Sie sind alsdann bei der späteren Anlage eines besonderen Blattes auf dieses zu übertragen (so Wittmaack, p. 178). Dadurch verliert die Divergenz ihre Bedeutung. Weil nicht alle das Erbbaurecht betreffenden Eintragungen auf dem besonderen Blatte eingetragen werden, so geniessen auch dessen Eintragungen allein nicht öffentlichen Glauben, wie die Eintragungen auf dem Grundstücksblatte für das Grundstück. In diesem Punkte ist das Erbbaurecht dem Grundstücke nicht gleichgestellt. Soweit es sich um die Existenz des Rechtes, die Vernichtung seiner Existenz und seinen Inhalt handelt, geniessen auch nach Anlegung des besonderen Blattes die auf dem Grundstücksblatte gemachten Eintragungen öffentlichen Glauben; nur für die übrigen Eintragungen ist das besondere Blatt mit öffentlichem Glauben ausgestattet. Das besondere Blatt bildet also nicht, wie Fuchs[2] behauptet, allein dessen Grundbuch, sondern nur in so weit, als das Erbbaurecht als selbstständiges Objekt des Vermögensverkehrs fungiert. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist hinsichtlich der das Erbbaurecht betreffenden Rechtsverhältnisse nicht vollständig, sondern nur teilweise auf das besondere Blatt übertragen. Eine völlige Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken ist durch die Natur des Erbbaurechts als Belastung angeschlossen.[3] Die Anlage eines be-

[1]) Bezüglich des Versteigerungsvermerks übereinstimmend: Kammergericht, bei Johow-Ring, Bd. 29 p. 130ff. Wittmaack p. 172ff. Turnau-Förster Anm. 6 zu § 7 GBO. Biermann, Bem. 2 zu § 1012. [2]) I, Bem. 6 l zu § 1015, II, Bem. 7 zu § 7 GBO. ebenso Staudinger-Kober, Bem. 2 l zu § 1015 und Wirth p. 33. [3]) Die hier vertretene Ansicht findet in den Protokollen III, p. 285, 286, ihre Bestätigung, ebenso Güthe I, p. 127f., Biermann a. a. O., Strecker p. 71, Kretzschmar, p. 445, Predari; Anm. 6 zu § 7, auch Oberneck I, p. 510f. Dass das besondere Blatt bei der hier angenommenen

sonderen Blattes für das Erbbaurecht kann erst erfolgen, nachdem es als Belastung auf dem Grundstücksblatte gebucht ist. Nach § 90 GBO. kann nun durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, dass gewisse Grundstücke, die dem allgemeinen Güteraustausch entzogen sind oder doch nur im geringen Masse an ihm teilnehmen, so die Grundstücke des Fiskus oder gewisser juristischer Personen, nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten. Wenn zu Gunsten des Fiskus ein Erbbaurecht an einem buchungsfreien Grundstücke bestellt werden soll, ist die vorherige Buchung des Grundstucks erforderlich, um das Erbbaurecht eintragen zu können. Da dieses als Belastung begründet wird, so kann es nur durch Eintragung auf dem Blatte des Grundstücks begründet werden. Buchungsfreie Erbbaurecht gibt es demnach nicht, § 90 GBO. ist also auf sie nicht anwendbar.

d) Vermietung und Verpachtung des Erbbaurechts.

Der Erbbauberechtigte kann sein Recht nicht nur veräussern, sondern auch in sonstiger Weise verwerten, doch kann diese Befugnis durch den Bestellungsvertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Die Verwertung wird häufig in entgeltlicher Gebrauchüberlassung, d. h, in Vermietung bestehen.

Neben den Vorschriften über die Miete von Sachen überhaupt enthält das BGB. einzelne Vorschriften über die Miete von Grundstücken. Diese Vorschriften finden schon nach § 580 auf die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen Anwendung, sie gelten aber auf Grund des § 1017 für die Miete des Erbbaurechts ganz allgemein. Das Bedenken Grünbergs (p. 52), ob die Bestimmungen über die Miete von Liegenschaften oder von beweglichen Sachen zur Anwendüng gelangen, ist also unbegründet. Ist ein Bauwerk noch nicht vorhanden, so wird der Mieter des Erbbaurechts die Befugnis haben, für die Dauer der Miete ein Gebäude zu errichten und dieses zu gebrauchen (vergl. Wittmaack p. 62). Es gilt demnach hier der § 537, Absatz 2, Satz 2 über die Zusicherung einer bestimmten Grösse des dem Erbbaurecht unterworfenen Grundstücks, 551, Absatz 2 über die Zahlung des Mietszinses, die §§ 559—561 über das Vermieterpfandrncht §§ 565 Absatz 1, 3, 570 über die Kündigungsfristen, § 566 über die Dauer des Mietvertrages. Nach § 560 erlischt das Pfandrecht des Mieters mit der Entfernung der Sachen vòn dem Grundstück. Beim Erbbaurecht wird man demgemäss den Raum, auf dem das Bauwerk sich befindet sowie den dem Bauwerk dienenden Raum (§ 1013),

---

Rechtslage ein Scheindasein führe und dass das Vertrauensprinzip werde ist Fuchs nichts zuzugeben. Gegen ihn treffend Goldmann-Lilienthal p. 38 Anm. 6 Güthe I, p. 128. [1]) § 90 GBO. u. Preussen, Verordnung vom 13. 12. 1899, Bayern, Königl. Verordnung vom 1. 7. 1898, Württemberg, § 4 der Verordnung betr das Grundbuchwesen, Mecklenburg, § 34 der A. V. z. GBO.

nicht dagegen das ganze verpachtete Grundstück als Grundstück im Sinne dieser Vorschrift anzusehen haben. Das Gleiche gilt bezüglich des § 1122. Wenn der Erbbauberechtigte das vermietete Recht nach Ueberlassung an den Mieter an einem dritten veräussert, so gestaltet sich die Rechtlage gemäss den §§ 571—576 ebenso, als ob der Grundeigentümer ein vermietetes Grundstück veräussert. Es tritt insbesondere nach § 571 der Erwerber an die Stelle des Vermieters; dieser bleibt aber für die Verpflichtung des Erwerbers wie ein Bürge verhaftet, es sei denn, dass der Mieter von seinem Recht, für den ersten Termin nach erlangter Kenntnis von dem Eigentumsübergange zu kündigen, keinen Gebrauch macht.

Wird ein vermietetes Grundstück nach der Ueberlassung mit dem Rechte eines dritten belastet, durch dessen Ausübung dem Mieter der vertragsmässige Gebrauch entzogen oder beschränkt wird, so gelten nach § 577 die erwähnten §§ 571—576. Das Gleiche gilt, wenn vor der Ueberlassung des vermieteten Grundstücks an den Mieter der Vermieter das Grundstück an einen dritten veräussert, oder mit einem Rechte belastet, durch dessen Ausübung der vertragsmässige Gebrauch dem Mieter entzogen oder beschränkt wird, sofern der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietsverhältnis ergebenden Verpflichtung übernommen hat (§ 578, s. § 579). Auch dinse Bestimmungen finden bei Erbbaurechten Anwendung.[1]

Ein Erbbaurecht zu dem ein Gebäude gehört, kann Gegenstand einer Verpachtung sein, das heisst zum Gebrauch und zur Fruchtziehung überlassen werden, obwohl das Recht nur bürgerliche Früchte (Zinsen) abwerfen kann. Die Ueberlassung eines Erbbaurechts zn dem Zwecke, dass der andere Teil das Recht zur Gewinnung solcher bürgerlicher Früchte verwende, ist aber nur dann als Pacht anzusehen, wenn es schon von dem Ueberlassenden mit dem für diese Zwecke, z. B. zum Betrieb eines Hotels, einer Pension, einer Restauration, erforderlichen Einrichtung versehen ist, und von ihm in dem zur Fruchtgewinnung geeigneten Zustande zu erhalten ist.[2] Es finden in solchem Falle die für die Pacht von Grundstücken gegebenen besonderen Bestimmungen Anwendung. Dem Pächter liegt demnach die Erhaltung und in den Grenzen des § 566, Abs. 2 die Ergänzung der Inventarstücke ob. Wenn er das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei Beendigung der Pacht zurück zu gewähren, übernommen hat, so bestimmen sich seine Rechte und Pflichten nach den §§ 588, 589. Dem Pächter steht für die Forderung gegen den verpachtenden Erbbauberechtigten, wenn die Pacht sich auf das mit gepachtete

[1]) Nicht anwendbar sind die Vorschriften, die Miete von beweglichen Sachen betreffen, so § 551, Abs. 1 565, Abs. 2. Der § 547, Abs. ist nur entsprechend anwendbar. Darüber s. unten. [2]) So Planck Bem. 2 zu § 581, Niendorff, Mietrecht, 8. Aufl. 1907 p. 2f.

Inventar bezieht, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu (§ 590). Die Kündigung richtet sich nach den Vorschriften der §§ 595, 596. Der § 595 bezieht sich seinem Wortlaute nach schon in gleicher Weise auf Rechte wie auf Grundstücke, trifft also das Erbbaurecht schon in seiner Eigenschaft als Recht.[1]

Die Vorschriften über die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung (Leihe) der §§ 598 ff gelten für alle Sachen und deshalb auch für Erbbaurechte.

### e) Dingliche Belastung des Erbbaurechts.

Das Erbbaurecht kann wie ein Grundstück mit dinglichen Rechten belastet werden, soweit nicht der Inhalt des Rechts eine bei Grundstücken mögliche Belastung, z. B. gewisse Dienstbarkeiten, begrifflich ausschliesst. Das Grundeigentum kann aber, wenn sein Inhalt durch Parteivereinbarung einen engeren Inhalt als den möglichen erhalten soll, nur durch eine Belastung eingeschränkt werden. Da das Erbbaurecht ein inhaltlich nicht festbestimmtes Recht ist, so erhebt sich die Frage, ob und in welchem Masse beim Erbbaurecht kraft des Inhalts des Rechts dem Berechtigten Verpflichtungen obliegen können, zu denen es bei Grundstücken einer besonderen Belastung bedarf.

Es kommt hier insbesondere in Betracht einmal die Verpflichtung des Berechtigten, das Bauwerk in einer bestimmten Art, Grösse und Lage zu errichten, also eine andere Bebauung zu unterlassen, dem Grundeigentümer oder einem dritten eine gewisse Benutzung des Bauplatzes und des Hof- oder Gartengrundstücks zu gestatten, sodann die Verpflichtung, einen Zins zu bezahlen oder das Bauwerk zu unterhalten und nach dessen Zerstörung wieder zu errichten. Klein (p. 33) äussert sich dahin, das Erbbaurecht des BGB. könne inhaltlich ganz frei gestaltet werden, das Haben des Bauwerks sei nicht das einzig Wesentliche des Rechtsinstituts (S. oben ). Wenn dies zuträfe so würden auch die positiven Verpflichtungen des Erbbauberechtigten, z. B. die Zinspflicht durch Aufnahme in den Vertrag, und durch Bezugnahme auf diesen im Grundbuche dingliche Wirkung erlangen können. Es würde alsdann der eigentümliche Fall vorliegen, dass Verpflichtungen, die sonst nur als Inhalt einer Grundstücksbelastung bestehen können, hier als Bestandteil des Erbbaurechtsverhältnisses die gleiche dingliche Wirkung hätten. Die Ansicht Kleins ist indessen nicht zutreffend; es wird allgemein angenommen, dass die §§ 1012 ff. das Wesen des Erbbaurechts erschöpfend bestimmen. Das Recht des Erbbauberechtigten kann insofern enger oder weiter

[1]) Die §§ 582—285, 591—594, ebenso die §§ 1421, Satz 2, 1663, Abs. 2 und Art. 64 E. G. betreffen lediglich landwirtschaftliche Grundstücke und passen für Erbbaurechte nicht.

sein, als er entweder ein Bauwerk irgend welcher Art, oder nur ein Bauwerk von bestimmter Art, Grösse und Beschaffenheit haben darf. Diese Beschränkung in der Art und dem Masse der Bebauung gehört zum Inhalte des einzelnen Erbbaurechts und erlangt als Teil der dinglichen Einigung Wirkung gegen jeden dritten. Irgend welche positiven Leistungen gegenüber dem Grundstückseigentümer hingegen, wie die Zahlung eines Zinses, die Pflicht zur Erhaltung oder Wiedererrichtung des Bauwerks sind, da sie im Gesetze gar keine Erwähnung, sind nicht als zum Inhalte des Rechtes gehörig anzusehen, sondern als selbständige Verpflichtungen aufzufassen. Sie erlangen deshalb nicht durch die Aufnahme in den Vertrag Wirkung gegen jeden Inhaber des Rechts. Um dies zu erreichen ist vielmehr das Erbbaurecht mit einer selbständigen Belastung zu beschweren. Ferner kann, da das Recht unter Bedingungen und Befristungen bestellt werden kann, die Erfüllung der Verpflichtung dadurch erzwungen werden, dass die Nichterfüllung als Bedingung für die Beendigung des Rechts gesetzt wird, oder indem eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Uebertragung des Rechts auf den Grundeigentümer für den Fall der Nichterfüllung eingetragen wird.[1]

Eine Zinspflicht wird demnach in der Form einer Reallast begründet.[2] Einen abweichenden Standpunkt nimmt Wittmaack ein, indem er (p. 84) ausführt: »Geht man davon aus, dass das BGB. einerseits sich an das bisherige Recht hat anschliessen wollen, und dass die Vorschriften desselben andererseits, soweit möglich so ausgelegt werden müssen, dass sie anerkannt praktischen Bedürfnissen gerecht werden, so muss man zu der Ansicht gelangen, dass es sich insbesondere bei der Zinspflicht nur um den Inhalt des im einzelnen Falle bestimmten Erbbaurechts, nicht um ein allgemeines Erbbaurecht, und die für den besonderen Fall festgesetzten Balastungen desselben handeln kann.« Dafür spreche auch Art. 115 des E. G., wonach durch Landesgesetz die Belastung von Grundstücken mit Reallasten verboten oder beschränkt werden und das Mass solcher Rechte näher bestimmt werden könne. Da das BGB. das Institut des Erbbaurechts für das ganze Rechtsgebiet regele, so müsse man annehmen, dass es allenthalben und ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der Landesgesetzgebungen habe gestattet werden sollen, dem einzelnen Erbbaurecht den üblichen Inhalt zu geben und insbesondere als Gegenleistung für die Gewährung des Rechtes einen Zins auf die Dauer des Rechtes festzusetzen, was nicht möglich sei, wenn der Zins als eine Reallast anzusehen sei (p. 88).

[1]) Kretzschmar Zentralbl. p. 435 f, Goldmann-Lilienthal § 55 Anm. 19, Planck. Vorbem. 7 zu § 1012, Männer § 30, Staudinger-Kober Bem. 2 zu 1012. [2]) S. Wilutzky p. 538, Staudinger I f, Fuchs 9 zu § 1012, Turnau-F. p. 544, Predari 1 c zu § 7 GBO, Endemann II § 97 Anm. 97, Lau p. 70, auch Motive III p. 468

Die Pflicht zur Unterhaltung des Gebäudes könne dann nicht als Reallast angesehen werden, wenn das Gebäude im Eigentum des Erbbauberechtigten stehe. Das BGB. enthalte zwar keine Bestimmung, aus welcher sich ergebe, dass es zulässig sei, eine derartige Verpflichtung mit dinglicher Wirkung zu begründen; dessen ungeachtet müsse man dem in das Grundbuchamt eingetragenen Erbbauvertrag eine solche Wirkung beilegen, da es in vielen Fällen, wenn nicht regelmässig durch das praktische Bedürfnis unabweisbar verlangt werde, dass mit dem Erbbaurecht Verpflichtungen der erwähnten Art verbunden würden (p. 90). Die Ausführungen Wittmaacks sind unseres Erachtens nicht überzeugend, insbesondere nicht seine Berufung auf das praktische Bedürfnis. Dem Erbbaurecht ist von den Gesetzgebern eine untergeordnete Bedeutung beigelegt worden; erst nachträglich ist von vielen Seiten versucht, es zur Lösung wichtiger sozialer Probleme zu verwenden. Wenn das Rechtsinstitut sich nunmehr für diese grösseren Aufgaben als wenig brauchbar erweist, so kann meines Erachtens nicht das praktische Bedürfnis angeführt werden, um recht zweifelhafte juristische Folgerungen zu verteidigen. Nach unserer Ansicht können beim Erbbaurecht Beschränkungen, die in Leistungen des Berechtigten an den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks bestehen, nicht als inhaltliche Beschränkungen des Rechts dinglich begründet werden. Der Unterschied zwischen Erbbaurecht und Grundstück besteht lediglich darin, dass bei jenem durch entsprechende Befristungen die Leistungen von dem jeweiligen Inhaber des Rechts erzwungen werden können.

Ueber die Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken hinsichtlich der dinglichen Belastung sei im einzelnen folgendes bemerkt. Als Ausnahme von dem Rechtssatze, dass der Grundeigentümer ein Recht am Grundstück für sich nicht bestellen kann, bestimmt § 1009, Abs. 1, dass eine gemeinschaftliche Sache, also auch ein im Miteigentum stehendes Grundstück und Erbbaurecht zu Gunsten eines Miteigentümers belastet werden kann. Nach § 1009 Abs. 2 ist ferner die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht dadurch ausgeschlossen, dass das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört. Das gleiche gilt nach § 1017 für das Verhältnis 2er Erbbaurechte zu einander, oder eines Erbbaurechts zu einem Grundstück.

Art. 115 E. G. gestattet den Landesgesetzen, die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder mit Reallasten zu untersagen oder zu beschränken, und den Inhalt und dass Mass

solcher Rechte näher zu bestimmen. Nach Art. 117 E G. können die Landesgesetze die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Wertgrenze hinaus, sowie die Belastung mit unkündbaren Hypotheken untersagen, sowie das Recht des Eigentümers, die Kündigung auszuschliessen, beschränken Man wird hier nicht den Vorbehalten, sondern auch den einschlängigen Bestimmungen der Landesgesetze, selbst wenn sie nur von Grundstücken sprechen, Geltung auch für Erbbaurechte beilegen können, weil vor allem dir Rechtsinstitute der Hypothek, Grundschuld u. s. w. geregelt werden sollen.[1]

Zu Gunsten eines Erbbaurechts kann eine Grunddienstbarkeit entweder an einem fremden Grundstück, oder falls das Erbbaurecht an sich nur zur Benutzung eines Teiles eines Grundstücks berechtigt, an dem belasteten Grundstück bestehen. Nach § 1018 besteht eine Grunddienstbarkeit darin, dass der Eigentümer eines Grundstücks ein anderes Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, oder dass die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist. Die gleichen Befugnisse kann der Erbbauberechtigte haben; dagegen kann das Erbbaurecht nicht mit allen bei einem Grundstück möglichen Dienstbarkeiten belastet werden, da es ja von vorneherein nur einen Teil der im Grundeigentum liegenden Befudnisse umfasst. Jede Grunddienstbarkeit muss nach § 1019 für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bieten. Unter dieser Voraussetzung kann auch zu Gunsten des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks das Erbbaurecht belastet werden. Die Voraussetzung des § 1019 trifft aber wohl nicht zu, wenn das Gebäude das ganze Grundstück einnimmt.[2] Es sind ferner die §§ 1020 bis 1029 massgebend, mag es sich um ein Grundstück oder ein Erbbaurecht handeln. Von den Grunddienstbarkeiten unterscheidet sich die beschränkte persönliche Dienstbarkeit dadurch, dass der Berechtigte eine bestimmte Person ist. Ist ein Erbbaurecht damit belastet, so finden die §§ 1090 bis 1092 Anwendung.[3]

Das BGB. unterscheidet den Niessbrauch an Sachen, an Rechten und an einem Vermögen. Nach § 1069 erfolgt die Bestellung eines Niessbrauchs an einem Rechte nach den für die Uebertragung des Rechtes gelteneen Vorschriften. Würde der Niessbrauch am Erbbaurecht als Niessbrauch an einem Rechte zu behandeln sein, so wäre für die Bestellung des Niessbrauchs am Erbbaurecht nach § 1069 die Auflassungsform (§§ 925, 1017) erforder-

[1]) Gleicher Ansicht ist Wittmaack p. 121 bezgl. des Art. 115; andere Grunddienstbarkeiten als die in den Landesgesetzen zugelassenen seien rechtlich nicht anerkannt; es fehle ein Rechtsgrund, welcher die Begründung landesrechtlich nicht zugelassener Grunddienstbarkeiten für oder gegen Erbbaurechte ermögliche. [2]) Ebenso Wittmaack p. 85. [3]) Ueber § 1093 s. unten.

lich (ebenso Lau p. 33). Da das Erbbaurecht aber nur im Vermögensverkehr als Grundstück behandelt wird, so erfolgt die Bestellung des Niessbrauchs in Anwendung des § 1030 in der Form der Belastung eines Grundstücks.[1] Es gelten auch im Uebrigen die für den Niessbrauch an Sachen, und die besonderen für den Niessbrauch an Grundstücken, nicht dagegen die für den an beweglichen Sachen, oder an landwirtschaftlichen Grundstücken gegebenen Rechtssätze.[2] Der Niessbrauch ist das Recht, die Nutzungen, d. h. die Früchte der Sache, sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt, zu ziehen. Die Nutzungen eines Erbbaurechts sind natürlich andere, als die eines Grundstücks. Dies ist bei der Anwendung der Rechtssätze über den Niessbrauch an Grundstücken zu berücksichtigen. Der Niessbraucher an einem Grundstück erlangt den Niessbrauch an dem Zubehör nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926. Zum Erwerbe des Niessbrauchs an dem Zubehör des Erbbaurechts ist jedoch nicht, wie § 926 sagt, erforderlich, dass der Besteller das Eigentum an den Zubehörstücken hat, sondern nur, dass das Erbbaurecht sich darauf erstreckt. Der Niessbraucher hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zu verfahren; § 1036. Welche Pflichten danach der Niessbraucher eines Erbbaurechts hat, ist nur aus dessen jeweiligem Inhalt zu entnehmen.[3] Er ist aber nicht, wie der Niessbraucher eines Grundstücks nach § 1037 Absatz 1, berechtigt, die Sache umzugestalten, oder wesentlich zu verändern. Nach § 1037 Abs. 2 darf der Niessbraucher eines Grundstücks neue Anlagen zur Gewinnung von Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich geändert wird. Da der Erbbauberechtigte selbst niemals die Bodenbestandteile für sich nutzbar verwenden darf, so kann auch dem Niessbraucher des Rechts niemals eine solche Befugnis zustehen. Der Niessbraucher eines Grundstücks darf nach § 1043 innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft Bestandteile des Grundstücks, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören, verwenden, wenn er eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung selbst vornimmt. Die Vorschrift ist aus dem gleichen Grunde wie § 1037 Abs. 2 bei Erbbaurechten nicht anwendbar. Das Gleiche gilt von dem § 1048, wonach der Niessbraucher eines Grundstücks samt Inventar über die einzelnen

[1]) So auch Planck Bem. 2b zu § 1017, im Gegensatz zur früheren Auflage, Bem. 1, zu § 1069. [2]) Es gelten danach nicht die §§ 1032, 1033, 1063, 1064, 1067, 1055 Abs. 2. [3]) Das Gleiche gilt für die Frage, was unter einer ordnungsmässigen Ausübung des Niessbrauchs im Sinne des § 1050 zu verstehen ist.

Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaf- verfügen darf für den Fall, dass der Erbbauberechtigte nicht Eigent tumer des Inventars des Gebäudes ist. Der Niessbraucher erwirbt das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Uebermasse zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist. Er ist jedoch zum Ersatze des Wertes verpflichtet. Sowohl der Eigentümer wie der Niessbraucher können verlangen, dass der zu ersetzende Betrag zu Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmässigen Wirtschaft entspricht § 1039. Dies gilt auch beim Erbbaurecht, einmal hinsichtlichen der naturlichen Früchte von Bäumen und Pflanzen, die auf dem zu dem Bauplatz gehörigen Areal gezogen werden, insbesondere aber hinsichtlich der Mieten, welche über die Zeit des Bestehens des Niessbrauchs hinaus eingezogen sind. § 1046 bestimmt für den Fall der Versicherung der Niessbrauchs- sache: An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Niess- braucher der Niessbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Niess- brauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten. Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann sowohl der Eigentümer als der Niessbraucher verlangen, dass die Versicherungs- summe zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes in soweit verwendet wird, als es einer ordnungs- mässigen Wirtschaft entspricht. Der Eigentümer kann die Ver- wendung selbst besorgen oder sie dem Niessbraucher überlassen; § 1046. Hierzu führt Wittmaack (p. 104) richtig aus, im Ver- hältnis des Grundstückseigentümers zum Erbbauberechtigten sei diese Bestimmung anzuwenden und demgemäss der Eigentümer als verpflichtet anzusehen dem Erbbauberechtigten die Entschädi- gungssumme zum Verbauen zu überlassen, weil überhaupt unter ihnen, soweit es sich um die Erhaltung des dem Grundeigentümer gehörenden Gebäudes handle, die beim Niessbrauch geltenden Grundsätze anzuwenden seien. Denn das Erbbaurecht gewähre im Wesentlichen ein gleiches Nutzungsrecht am Gebäude wie der Niessbrauch. Der Niessbraucher des Erbbaurechts hat demnach auf Grund des § 1046 einen Anspruch gegen den Erbbauberech- tigten, dass dieser ihm sein Recht gegenüber dem Grundeigen- tümer abtrete. Gehört dagegen das versicherte Bauwerk dem Erbbauberechtigten zu Eigentum, so findet § 1046 unmittelbar An- wendung. Der Niessbraucher ist nach § 1047 dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Niessbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluss der ausser- ordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs auf der Sache ruhten. Auch bei Erbbaurechten sind die auf dem Stamm-

wert ruhenden Lasten von den übrigen zu unterscheiden. Zu jenen gehören zum Beispiel ein Grundschuld- und Hypothekenkapital, Abfindungen des Anerben an die Geschwister. Die auf dem Stammwert des Erbbaurechts ruhenden Lasten sind andere als die auf dem Stammwerte des Grundstücks ruhenden. Der § 1047 ist also entsprechend anwendbar.[1] Macht der Niessbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, § 1049. Der Niessbraucher eines Grundstücks kann danach Ersatz verlangen, wenn die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Eigentümers nntspricht, wenn der Eigentümer die Verwendung genehmigt oder wenn durch die Verwendung eine öffentliche Pflicht des Eigentümers erfüllt wird; (§§ 679, 683, 684). Es kann nun aber der Fall eintreten, dass die Verwendungen des Niessbrauchers eines Erbbaurechts zwar dem Interesse und dem wirklichen und mutmasslichen Willen des Eigentümers entsprechen und ihn von der Erfüllung einer Pflicht von öffentlichem Interesse befreien, dass die Voraussetzungen aber in der Person des Erbbauberechtigten nicht zutreffen. Alsdann wird man dem Niessbraucher den Anspruch aus § 1049 nicht zubilligen können. Denn er wusste, dass er nur den Niessbrauch an einem Rechte hat, er musste also damit rechnen, dass nicht alle Verwendungen, die er auf das Grundstück macht, dem Erbbauberechtigten zu Gute kommen.[2] Auch für die Aufhebung des Niessbrauchs am Erbbaurecht ist letzteres als Grundstück anzusehen, so dass darauf nicht der § 1072, sondern die §§ 875, 889 von der Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück Anwendung finden.[3] Von den Vorschriften des BGB. über den Niessbrauch sind endlich die §§ 1034, 1040, 1044, 1045, erster Halbsatz, 1050 bis 1054, 1055 Abs. 1, 1056—1062, 1065 unbedenklich anwendbar, indem überall an die Stelle des Grundeigentümers der Erbbauberechtigte tritt. Auf den § 1056 verweisen sodann noch die §§ 1423, 2135 und 1093. Die beim Wohnungsrecht § 1093 herangezogenen Bestimmungen über den Niessbrauch gelten auch dort mit den erörterten Einschränkungen.

Wie oben erwähnt, finden die Rechtssätze über das Miteigentum auch auf einen Anteil an einem Erbbaurecht Anwendung. Demgemäss gilt auch die Vorschrift des § 1066 über den Niessbrauch an einem solchen Anteil. Dessen Absatz 3 sagt: Wird

[1]) Ueber die Anwendbarkeit des § 1047 im Verhältnis des Grundstückseigentümers zum Erbbauberechtigten s. Wittmaack p. 104. [2]) Anders ist die Sachlage im Falle des § 994; darüber s. weiter unten. [3]) Für die Aufhebung des Erbbaurechts selbst gilt gleichfalls der § 875, weil hierbei die Belastungsnatur des Erbbaurechts massgebend ist. Demnach greift auch § 876 Platz, vgl. Planck Bem. 2 zu § 1017.

die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Niessbraucher der Niessbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten. Dies wird bei der Aufhebung eines Erbbaurechts eine Ersatzforderung oder lediglich das Recht auf die Materialien des Bauwerks sein. Ein Grundstück kann mit dinglicher Wirkung in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Verkaufe berechtigf ist. (§ 1094 Abs. 1). Das Gleiche gilt für Erbbaurechte. Da indessen die in Ausübung des Erbbaurechts errichteten, dem Berechtigten gehörigen Gebäude von der Beendigung des Rechts an als bewegliche Sachen zu behandeln sind, so wirkt ein an dem Gebäude für diesen Zeitpunkt bestelltes Vorkaufsrecht am Erbbaurecht kann nach § 1094, Abs. 2 auch zu andern Erbbaurechts oder Grundstücks, insbesondere auch zu Gunsten des Eigentümers des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstück bestellt werden. Dies steht, wie Wittmaack (p. 134) bemerkt, mit der Vorschrift, dass das Erbbaurecht veräusserlich sein muss, nicht in Widerspruch, denn die Veräusserung wird durch das Vorkaufsrecht nicht gehindert. Die Ausübung des Vorkaufsrechts hat nur die Folge, dass die Veräusserung anstatt an den ursprünglichen Käufer an den vorkaufsberschtigten Grundeigentümer erfolgt. Im einzelnen finden die §§ 1096—1104 über das Vorkaufsrecht an Grundstücken auf Erbbaurechte uneingeschränkte Anwendung. Demgemäss ist auch für den Vertrag über die Einzäumung eines Vorkaufsrecht am Erbbaurecht die gleiche Form wie bei Grundstücken erforderlich.[1]

Ein Erbbaurecht kann gleich einem Grundstücke mit einer Reallast, d. h. in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind. Die Reallast kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Erbbaurechts oder eines Grundstücks, also auch des belasteten Grundstücks bestellt werden. In dieser Weise wird in der Regel das Zinsversprechen begründet sein. Nach 1109 besteht bei einer Teilung des Grundstücks des Berechtigten die Reallast für die einzelnen Teile fort. Ist die Leistung teilbar, so bestimmen sich die Anteile der Eigen-

[1]) Der Vertrag ist richtiger Ansicht nach formfrei. Der § 313 kommt nicht in Betracht, weil der Vertrag weder den Vorkaufsberechtigten bindet, noch den Verpflichteten zwingt, überhaupt, oder zu irgend einem bestimmten Preise oder unter bestimmten Bedindungen zu verkaufen: »Auf den Willen des Verpflichteten, zu veräussern, oder nicht zu veräussern, oder nicht zu veräussern, wird durch das Vorkaufsrecht kein Zwang ausgeübt.« So mit eingehende Begründung das R. G. Bd. 60, p 226ff. für das obligatorische Vorkaufsrecht; für das dingliche gelten die dortigen Ausführungen um so mehr, als dieses sich nach § 1094 als eine Grundstücksbelastung darstellt. Zustimmend unter andern Wittmaack, p. 136ff., Turnau-Foerster Anm. 4 zu § 1094.

tümer nach dem Verhältnisse der Grösse der Teile. Diese Art der Teilung darf bei einer Teilung des Erbbaurechts, zu dessen Gunsten die Reallast besteht, nicht zu Grunde gelegt werden. Denn sein Wert bemisst sich in weit geringerem Masse nach der Grösse des dem Rechte unterworfenen Areals, als der Wert eines Grundstücks von seiner Grösse abhängig ist. Im Uebrigen steht der Anwendung der §§ 1106—1108, 1110—1112 bei Erbbaurechten nichts im Wege.

Das Erbbaurecht ist endlich Gegenstand des Immobiliarpfandrechts, d. h. es kann mit Hypotheken belastet werden, sodass die §§ 1113—1190 anwendbar sind. Nicht ohne Weiteres ersichtlich ist dies nur bei folgenden Bestimmungen. Nach § 1120 erstrekt sich die Hypothsk auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse. Diese Vorschrift wird, da es in der Regel Erzeugnisse des Erbbaurechts nicht gibt, auch selten praktisch werden. Die Hypothek erstreckt sich ferner auf die Bestandteile sowie auf das Zubehör des Grundstücks, mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers gelangt sind. Da dem Erbbaurecht sowohl Bestandteile wie Zubehörstücke eigen sind, so muss die Bestimmung auch auf diese Anwendung keine wörtliche sein. Es ist möglich, dass bewegliche Sachen den Zwecken des Erbbaurechts sowohl dann dienen, wenn sie im Eigentum des Grundeigentümers, als auch dann, wenn sie im Eigentum des Erbbauberechtigten sich befinden. Man wird hier also nicht verlangen können, dass die Zubehörstücke des Erbbaurechts im Eigentum des Berechtigten stehen, sondern nur, dass sie entweder dem einen oder dem andern gehören und Zubehörstücke sein sollen. (Bezügl. des § 1112 s. oben bei der Miete p. . . . ) Wenn das Erbbaurecht erlischt, so wird das in Ausübung des Rechts errichtete Bauwerk nicht Bestandteil des Grundstücks, sondern ist als eine dem früheren Berechtigten gehörige bewegliche Sachen anzusehen.[1] Oertmann (bei Wirth p. 568) ist nun der Ansicht, an dem Gebäude setzten sich mangels eines jeden dagegen sprechenden Rechtsgrundes die bisherigen Rechtsverhältnisse fort, dieses sei insbesondere der Hypothek der Hypothekengläubiger des Erbbauberechtigten unterworfen. Dafür sprächen die §§ 1120/21, wonach sich die Grundstückshypothek fortbeziehe. Einen solchen selbstverständigten Bestandteil des Erbbaurechts stelle nach dessen Wegfall das bisher zu ihm gehörige Gebäude notwendig dar. M. E. ist die Bezugnahme auf die §§ 1120/21 verfehlt, da sie eine Hauptsache voraussetzen, an der ein Immobiliarpfandrecht besteht. Nach dem Erlöschen des Erbbaurechts ist ein solcher Gegenstand nicht da. Es wird nicht als zulässig

[1]) André, Schriften der Zentralstelle, p. 115, sowie Meissgeier p. 5 nehmen indessen an, mit dem Erlöschen des Erbbaurechts müsse das Bauwerk mit Rechtsnotwendigkeit in das Eigentum des Grundeigentümers fallen.

zu erachten sein, das Gebäude allein zum Gegenstand einer Immobiliarzwangsvollstreckung zu mahhen, folglich kann auch an ihm allein nicht ein Immobiliarpfandrecht bestehen. Ebensowenig ist aber die Annahme berechtigt, dass die Hypothekengläubiger mit dem Erlöschen des Erbbaurechts statt ihres Immobiliar- nunmehr ein Mobiliarpfandrecht an dem Gebäude erwürben. § 1128 spricht von Gebäuden, die versichert und den Hypothekengläubigern verhaftet sind, § 1129, von anderen Gegenständen. Die nicht unter die Gebäude zu rechnenden Bauwerke sind demnach unter die letztere Bestimmung zu begreifen.

Die §§ 1133, 1135 regeln den Fall, dass durch Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet ist. Alsdann kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen und nach dem Ablaufe der Frist sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke suchen, wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypotheken-Bestellung beseitigt worden ist. Das gilt auch für das Verhältnis des Erbbauberechtigten zu seinen Hypothekengläubigern, insbesondere mit Bezug auf das zum Erbbaurecht gehörige Bauwerk. Es gilt aber im Verhältnis des Grundstückseigentümers zum Erbbauberechtigten mit Bezug auf den Zins, obwohl dieser als Reallast und dessen einzelne Leistungen nach den Vorschriften über die Zinsen der Hypothekenforderung zu beurteilen ist, nur dann, wenn eine Ablösung des Zinses gestattet ist oder gefordert werden kann. Ist nämlich eine Ablösung des Zinses nicht möglich, so kann der Erbbauberechtigte nur durch Hypothekenbestellung sich von der Pflfcht zur Verbesserung befreien, während der Hypothekenschuldner immer die Möglichkeit hat, durch Zahlung der Schuld an den Gläubiger sich von der Pflicht zur Verbesserung zu befreien. (So Wittmaack p. 102) Die Rechte aus dem § 1133 stehen den Hypothekengläubigern des Erbbaurechts selbständig neben den Grundstückshypothekengläubigern zu.[1] Der § 1134 gibt den Hypothekengläubigern eines Grundstücks Rechtsbehälfe für den Fall, dass der Eigentümer oder ein dritter auf das Grundstück in einer die Hypothek gefährdenden Weise einwirkt. Beim Erbbaurecht ist als dritter im Sinne dieser Vorschrift auch der Eigentümer des Erbbaurechtsgrundstücks anzusehen, während an die Stelle des Eigentümers der Erbbauberechtigte tritt.[2] Nach § 1136 ist eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräussern oder nicht weiter zu belasten. Das gilt auch für Erbbaurechte. Der Besteller des Erbbaurechts kann indessen durch derartige Verpflichtungen den Inhalt des Rechts beschränken. Dass wird mit Witt-

[1]) Vgl. Lau p. 34 f. [2]) Im Preussischen I. M. Bl. 1902 Nr. 2 werden die §§ 1133 bis 1135 ohne Einschränkung für anwendbar erklärt.

maack (p. 107) selbst dann anzunehmen sein, wenn dem Eigentümer ein Zins zu zahlen ist, der analog der Hypothek zu behandeln ist. Denn es kann auch eine solche Beschränkung bestehen, ehe dem Grundeigentümer ein Zinsrecht eingeräumt ist. Diese Abweichung von dem für Grundstücke geltenden folgt eben aus dem Unterschiede des Grundeigentums und dem Erbbaurecht als einem Recht mit wechselndem Inhalt.[1]

Ein Erbbaurecht kann auch mit einer Sicherungshypothek im Sinne der §§ 1184 belastet werden. Daraus folgt, dass auch § 648 für Erbbaurechte entsprechende Anwendung findet. Nach § 647 hat bei einem Werkvertrage der Unternehmer für seine Forderungen aus dem Vertrage ein Pfandrecht an dem von ihm hergestellten oder ausgebesserten Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerks kann für seine Forderung aus dem Vertrage nach § 648 die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Demnach kann der Unternehmer eines auf Grund des Erbbaurechts errichteten Bauwerks die Einräumung einer Sicherungshypothek am Erbbaurechte verlangen. Wird eine Forderung auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke verpfändet, so erwirbt nach § 1287 der Pfandgläubiger mit der Uebertragung des Eigentums eine Sicherungshypothek am Grundstück. Das Gleiche gilt, wenn eine Forderung auf Uebertragung oder Bestellung eines Erbbaurechts verpfändet ist, mit der Uebertragung oder Bestellung des Rechts.

Art. 60 E. G. bestimmt: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Bestellung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem Grundstücke, dessen Belastung nach den in den Artikeln 57—59 bezeichneten Vorschriften nur beschränkt zulässig ist, dahin gestatten, dass der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann. Art. 59 betrifft Familienfideikommisse, Lehen- und Stammgüter. Diese Eigenschaft haben Erbbaurechte nicht. Die §§ 57, 58 betreffen die Grundstücke landesherrlicher und standesherrlicher Familien. Falls diese Inhaber von Erbbaurechten sind, so gilt für diese auch Art. 60 E. G

[1]) Die Vorschriften der §§ 1123—1227, 1138—1203 gelten mit der Massgabe, dass der Erbbaurechtigte an die Stelle des Grundeigentümers, das Erbbaurecht an die Stelle des Eigentums am Grundstücke oder des Grundstücks schlechthin zu setzen ist. Das Gleiche gilt für die §§ 2166 2168. Als anwendbar müssen auch die Vorschriften über die Einrichtung des Hypothekenbriefes angesehen werden z. B. die §§ 56, 57, 97 GBO. Denn diese Vorschriften bilden eine notwendige Ergänzung der Vorschriften des BGB. über die Briefhypothek.

Fraglich kann erscheinen, ob ein Erbbaurecht an einem Erbbaurecht bestellt werden kann. Fuchs[1] sagt darüber: »In soweit gewisse Belastungen unmittelbar das Grundstück treffen, ihrem Wesen nach reale Nutzungen eines fremden Grundstücks sind, sind sie als Belastungen des Erbbaurechts natürlich nur denkbar, wenn ein realer Gegenstand, das Bauwerk, Gegenstand des Rechts ist, und insoweit nur möglich, als das Bauwerk einen realen Gebrauch zulässt. Dann ist auch ein Erbbaurecht am Erbbaurecht möglich. Man kann das Recht haben, auf einem Bauwerke ein Bauwerk zu haben und das ist eine Belastung des Erbbaurechts, wenn das belastete Bauwerk wesentlicher Bestandteil ist. Das blosse Erbbaurecht d. h. das blosse Recht, ein Bauwerk auf fremden Grund zu haben, kann man natürlich ebenso wenig mit einem Erbbaurecht, wie mit einer Grund- oder beschränkten persön. len Dienstbarkeit belasten. »Diesen Ausführungen ist schon deshalb nicht zuzustimmen, weil sie auf eine Anerkennung des im § 1014 ausdrücklich verbotenen Erbbaurechts an Gebäudeteilen hinauslaufen.[2] Nach Kretzschmar (a. a. O.) ist ein Erbbaurecht in der Weise denkbar, dass dem Berechtigten das Recht eingeräumt wird, das Bauwerk zu haben, das sich auf dem mit dem Erbbaurechte belasteten Grundstücke befindet.[3] Auch diese Unterscheidung ist nicht richtig. An sich ist die Möglichkeit vorhanden, das abstrakte Erbbaurecht, d. h. das Recht, ein Bauwerk zu errichten und frei zu benutzen, oder wenn es schon vorhanden ist, lediglich zu benutzen, wiederum mit einem Rechte gleichen Inhalts zu belasten. Die Sachlage würde hier die gleiche wie bei einem Niessbrauch an Rechten sein, wo ebenfalls jemandem die gegen jedermann wirksame Macht eingeräumt ist, die einem andern zustehende Macht auszuüben.[4] In Wahrheit würde das zweite Erbbaurecht dem ersten gar nicht ähnlich sein, weil jenes nicht eine Belastung eines Grundstücks, sondern eines Rechtes ist. Daraus würde sich eine Reihe von Unterschieden ergeben. So würde z. B. das zweite Erbbaurecht auch beim Erlöschen des belasteten Erbbaurecht untergehen, der öffentliche Glaube würde auf drei verschiedene Grundbuchblätter verteilt sein, Man wird dieses zweite Recht schwerlich als ein Erbbaurecht im Sinne des BGB. bezeichnen können. Wenn auch z. B. eine Hypothek an einem Erbbaurecht, trotzdem sie Unterschiede mit einer Hypothek am Grundstück aufweist, dieser gleichgeachtet wird, so kann dies trotzdem meines Erachtens nicht für ein Erbbaurecht am Erbbaurecht gelten, da hier die Unterschiede weit erheblicher sind. Es ist daher u. E.

---

[1]) Bem. 4 zu § 1017, zustimmend Güthe p. 129,9 Oberneck I p. 505 Kohn p. 85. [2]) So auch Kretzschmar Zentralbl. p. 442. [3]) Aehnlich Planck, Bem. 2 zu § 1017 das Bauwerk müsse Eigentum des Erbbauberechtigten sein, wenn er selbst ein Erbbaurecht bestellen wolle. [4]) Vgl. Biermann Anm. 1 zu § 1068. Wie hier Lau p. 31.

unzulässig, dass der Erbbauberechtigte den ihm verliehenden Baugrund zu gleichem Zwecke als veräusserliches und vererbliches Recht weiter gebe, ohne dass er sein eigenes Recht überträgt.[1]

Endlich sei noch die viel erörterte Frage berührt, ob Hypotheken an Erbbaurechten mündelsicher sind. Nach § 1807 soll die Anlegung von Mündelgeldern erfolgen: In Forderungen, für die eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht oder in sicheren Grund- oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.« Diese Art der Anlegung von Geldern ist auch dem Vater bezüglich des seiner Verwaltung unterliegenden Kindervermögens nach § 1642, für den Niessbrauch an Rechten dem Niessbraucher und dem Gläubiger nach § 1079, ebenso beim Pfandrecht an Rechten nach § 1288, dem Ehemann bezüglich des eingebrachten Geldes der Ehefrau nach § 1377, dem Vorerben nach § 2119 zur Pflicht gemacht. Nach §§ 238, 232 endlich kann Sicherheit durch Bestellung von Hypotheken nur geleistet werden, wenn sie mündelsicher im Sinne des § 1807 sind. Besonders eingehend wird die Frage von Wittmaack behandelt. Seine geschickten Ausführungen gipfeln darin, dass die Mündelsicherheit der Hypotheken an Erbbaurechten zu verneinen sei. Der entgegengesetzte Standpunkt wird in einer Abhandlung im Preussischen Justizministerialblatt[2] verteidigt, insbesondere mit dem allgemeinen Wortlaute des Abs. 1 des § 1017. Dieser spricht allerdings für die dort vertretene Ansicht. Die Behanptung Wittmaacks, man könne wohl von inländischen Grundstücken, nicht aber von inländischen Erbbaurechten sprechen und schon aus diesem Grunde sei § 1807 nicht anwendbar, ist allerdings nicht zutreffend.[3] Der Ausdruck »inländische Grundstücke« würde, auf Erbbaurechte bezogen, »Erbbaurechte an inländischen Grundstücken« bedeuten. Etwas Aehnliches bestimmt § 2369, Abs. 2: »Ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, gilt als im Inlande befindlich. Diese Auslegungsvorschrift wird im Art. 9, wo ebenfalls der Begriff des inländischen Vermögens zu erläutern ist, für entsprechend anwendbar erklärt. Das Gleiche kann auch hier, wie auch beim Art. 28 E. G. gelten. Indessen ist, wie Wittmaack richtig hervorhebt, hier zu berücksichtigen, das die Normen über Grundstücke dann nicht anwendbar sind, wenn die dem Grundeigentum allein zukommenden Eigenschaften einen bestimmten Rechtsatz lediglich für Grundstücke passend erscheinen lassen.

[1]) Ebenso ohne Begründung Wittmaack p. 25, Turnau-F. Bem. I, 2 zu § 1017, Reinhard p. 43. Männer § 33 Anm. 1 sagt, ein Erbbaurecht am Erbbaurecht sei nicht möglich, denn nach § 1012 habe die Belastung in der Weise zu erfolgen, dass jemand das Recht eingeräumt erhalte, auf oder unter der Oberfläche des zu belastenden Gegenstandes ein Bauwerk zu haben. S. Steinführer, p. 27. [2]) 1. Jahrgang 1902, p. 6—8. [3]) Wie Wittmaack auch Oberneck I, p, 506.

Das dürfte hier zutreffen. Das BGB. lässt als Anlageobjekte für Mündelgeld nur solche Wertgegenstände zu, die eine sich gleichbleibende, dauernde, leicht festzustellende Sicherheit bieten. Diese besonders stetige Sicherheit besteht einerseits in der unvergänglichen Natur des Grundstücks, andrerseits darin, dass kapitalkräftige und öffentliche Verbände haften, oder die Sicherheit der Anlage von der staatlichen Behörde festgeetellt ist.[1] Auch André (Schriften der Zentralstelle p. 124), der den § 1807 für anwendbar hält, gibt zu, dass der Wert des Erbbaurechts vom Standpunkte des Hypothekengläubigers angesehen, nicht sehr hoch zu schätzen sei. Er führt treffend aus: Zwar im Zeitpunkt der Begründung des Erbbaurechts möge dieser Wert ein nicht unerheblicher sein. Aber er sinke im jeden Jahre. Dazu komme noch, dass das Erbbaurecht vielfach verklausuliert sei und vielleicht schon vor der Zeit ein Heimfall an den Grundstückseigentümer eintreten könne. Bei der Zwangsversteigerung drücke diese Möglichkeit des vorzeitigen Heimfalls auf den zu bietenden Preis. Auch der Wert des Hauses verringere sich von Jahr zu Jahr und diese Wertminderung werde nicht ausgeglichen durch die Versteigerung des Grund und Bodens. Zu den absolut sichern Anlagen gehöre die Beleihung von Erbbaurechten nur dann, wenn sie sich in ganz niedrigen Grenzen halte (ähnlich auch Grünberg, p. 60 f). Absolut sicher ist die Beleihung eines Erbbaurechts vor allem nur dann, wenn das Recht ewig oder wenigstens sehr langfristig ist und nicht durch irgend welche zufälligen Ereignisse erlöschen kann. Das wird nur in seltenen Fällen zutreffen. Es ist also nicht lediglich unzweckmässig, den § 1017 beim § 1807 anzuwenden[2] sondern würde zu völlig unhaltbaren Ergebnissen führen. Wenn man den § 1807 auf Erbbaurechte erstreckt, so behauptet man damit, das Erbbaurecht sei ein dem Grundstück gleich sicheres Beleihungsobjekt, nicht aber folgt lediglich daraus, dass eine Anlage von Mündelgeld auf Erbbaurechte zulässig sei, wenn die Anlegung sicher erscheine (so André a. a. O.) Gegen die weite Auslegung des § 1807 spricht auch die Behandlung des Erbbaurechts im Hypothekenbankgesetze (§ 12). Die Grenze für die Beleihung braucht hier nicht so eng, wie bei der Begebung von Mündelgeld gezogen zu werden, weil einmal die Beteiligten nicht in gleichem Masse schutzbedürftig sind, andrerseits in Folge der Organisation der Hypothekenbanken die Begebung der Gelder stets durch kaufmännische Sachverständige erfolgt. Demgemäss setzt der § 11 Abs. 2 des Gesetzes die Beleihungsgrenze relativ hoch auf drei Fünftel des Grundstückswertes fest. Dem wird aber einschränkend hinzugefügt (§ 12 Abs. 3): (Im übrigen) sind Hypotheken an Grundstücken, die einen dauernden Ertrag nicht ge-

[1]) § 1807, Ziff. 1—4.
[2]) So André, im Jur. Literaturblatt p. 6.

währen, insbesondere an Gruben und Brüchen, von der Verwendung zur Deckung von Hypothekenbriefen ausgeschlossen. Das Gleiche gilt von Hypotheken an Bergwerken. Hypotheken an anderen Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden, sind von der Verwendung zur Deckung von Hypothekenbriefen ausgeschlossen, sofern die Berechtigungen einen dauernden Ertrag nicht gewähren. Würden wir nur den § 1807 auf das Erbbaurecht anwenden, so würden auch z. B. Hypotheken an Bergwerken und Fischereiberechtigungen mündelsicher sein.[1] Lässt sich aber überhaupt feststellen, ob eine Fischereiberechtigung einen dauernden, die Hypothekenforderung deckenden Ertrag liefern wird, oder ob ein Bergwerk nicht in kurzer Zeit durch einen Streick der Arbeiter oder durch Anbohren eines starken Gewässers »ersäuft«? Eine Ausdehnung des § 1807 auf Erbbaurechte und damit überhaupt auf die grundstücksgleichen Gerechtigkeiten würde also den Mündeln weit weniger Sicherheit zugestehen als den Inhabern von Hypothekenpfandbriefen. Die Landesgesetze, die gemäss § 1807 Abs. 2 für die innerhalb ihres Geltungsbereichs belegenen Grundstücke Grundsätze aufgestellt haben, sprechen sämtlich nur von Grundstücken und erwähnen die Erbbaurechte oder die übrigen grundstücksgleichen Gerechtigkeiten nicht.[2] Sie gehen also wohl davon aus, das der § 1807 für sie gar nicht passe. Angesichts der Tatsache, dass das Erbbaurecht in der Regel eine stetige Sicherheit den Hypothekengläubigern nicht gewährt, ist der Versuch, die Mündelsicherheit der an ihm bestellten Hypotheken nachzuweisen, nur aus dem Wunsche zu erklären, die Brauchbarkeit des Instituts für die Lösung der städtischen Wohnungsfrage nachzuweisen. Dies läuft aber auf eine petitio principii hinaus. Das gilt insbesondere von der Aeusserung Sohms (bei Wittmaack p. 157) jedes Gesetz erlange, sobald es in rechtliche Geltung getreten sei, den Sinn, der ihm gemäss seinem eigenen Zusammenhange und gemäss dem Gesamtzusammenhange der Rechtsordnung, in die es eintrete, zukomme, auch wenn dieser Sinn dem Urheber der Rechtsordnung, in die es eintrete, noch nicht gegenwärtig gewesen sei. Deshalb müsse der Art. 73 des Preussischen AG. zum BGB. auf Erbbaurechte bezogen werden.

U. E. ist mit Wittmaack anzunehmen, dass der § 1807 auf Erbbaurechte nicht anwendbar ist. Demnach können die Landes-

[1]) Darauf weist auch Oberneck, I p. 506 f. richtig hin. Nach dem Just. Min. a. a. O. soll gerade nach den §§ 11, 12 des Hypothekenbankgesetzes als Ansicht der gesetzgebenden Faktoren zu entnehmen sein, dass an sich zu Folge der Vorschrift des § 1017 die Hypotheken an Immobiliar gerechtigkeiten als mündelsicher anzusehen seien.

[2]) So z. B. Art. 73 des Preussischen A. G. zum BGB. eine Ausnahme machen die Mecklenburgischen Ausführungsverordnungen zum BGB.; Schwerin § 229 Ziff. 3, Strelitz § 227 Ziff. 3.

gesetze auch nicht bestimmen, dass und inwieweit Hypotheken an Erbbaurechten mündelsicher sein sollen.[1]

Da nach dem Gesagten § 1807 hier nicht anwendbar ist, so muss dasselbe auch für die übrigen auf § 1807 sich stützenden Bestimmungen, insbesondere für die §§ 232, 238 gelten.[2 3]

### f. Der Schutz des Erbbaurechts.

Kraft seines Rechts erlangt der Erbbauberechtigte die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz über den dem Rechte unterworfenen Grundstücksteil.[4] Wenn das Recht auflösend bedingt oder befristet ist, so besitzt der Erbbauberechtigte das Grundstück in einem Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist; der Erbbauberechtigte ist der unmittelbare, der Grundeigentümer der mittelbare Besitzer. Dem widerspricht Wittmaack p. 181, indem er ausführt, der Erbbauer könne nicht wohl als ein solcher angesehen werden, der gegenüber dem Grundeigentümer zum Besitze verpflichtet sei, jener sei aber auch dem Grundeigentümer im Sinne des § 868 nicht zum Besitze berechtigt, da er ihm gegenüber kraft seines dinglichen Rechts in gleicher Weise wie anderen gegenüber berechtigt sei. Das letzte Argument ist nicht überzeugend, da aus dem Gesetze nicht geschlossen werden kann, dass das Verhältnis, auf Grund dessen der eine besitzt, ein obligatorisches sein müsse, dass er nur dem Eigentümer, nicht auch dritten gegenüber berechtigt sein dürfe.[5]

---

[1]) Zustimmend Grünberg p. 60 f; er erklärt die Ausführungen Wittmaacks für eine durchschlagende Polemik des Artikels im Preussischen Just. M. Bl. vgl. auch Oberneck I p. 506 f. [2]) Turnau F. I 2 zu § 1017 und Crusen-Müller, zur Art. 40 des Pr. A. G. zum BGB. erklären den § 232, nicht aber den § 1807 für anwendbar. Das steht allerdings im Einklang mit einer Aeusserung der Motive. [3]) Da das Erbbaurecht Gegenstand des Immobiliarpfandrechts ist, so muss auch die Befriedigung aus diesem Pfandrechte eine gleiche wie bei Grundstücken sein. Demgemäss bestimmt § 864 CPO., dass der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ausser den Grundstücken die Berechtigungen unterliegen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten. Siehe §§ 866, 932 CPO. Der Wortlaut des § 864 CPO. sagt indirekt, dass unbewegliches Vermögen im Sinne der Zwangsvollstreckung auch jene Rechte seien. Dem Begriffe des unbeweglichen »Vermögens« im Sinne der CPO. wird man die Ausdrücke »unbewegliche Sachen« oder »unbewegliche Gegenstände« gleichsetzen dürfen, da die CPO. nicht nur nicht eine mit dem BGB. übereinstimmende, sondern überhaupt keine feste Bezeichnung für die Arten von Sachen hat. Deshalb wird man noch weitere Vorschriften der CPO. auf Erbbaurechte anwenden können, so die §§ 24, 26, 266, 325 Abs. 3, desgleichen die §§ 800 und 848. Die Ausdrucksweise der Konkursordnung schliesst sich eng an die der CPO. an, so in den §§ 47 und 13. Auch die §§ 14, 113, 134 sind auf Erbbaurechte anzuwenden. [4]) Der Besitz ist auch an Teilen von Sachen möglich. § 865 BGB. [5]) Uebereinstimmend RG. Bd. 49, p. 173, vgl. auch Crome III, § 345 insbesondere Anm. 27.

Ist das Erbaurecht zeitlich unbeschränkt, so ist es fraglich, ob der mittelbare Besitz des Grundeigentümers aufgehoben ist. Die Beantwortung hängt von der Auslegung des § 868 ab. Dieser bestimmt: Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz). Dernburg (3, Bd. § 13,1) bemerkt dazu, Besitzer sei nach § 868 auch, wer die Sache zwar selbstständig beherrsche, daneben aber das Eigentum eines andern anerkenne. Aehnlich sagt Schubert (p. 29), ein Besitzverhältnis im Sinne des § 868 liege überall da vor, wo ein Besitzer sein Recht zum Besitze von einem andern herleite. M. E. ist diese Auslegung zu weit. Es wird nicht nur ein den namentlich aufgezählten ähnliches Verhältnis gefordert, sondern es wird verlangt, dass es ein Verhältnis sei, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt sei. »Wenn hiernach für das Vorhandensein eines den mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnisses unter allen Umständen verlangt werden muss, dass der mittelbare Besitzer sein Recht zum Besitze vom unmittelbaren herleitet, so ist dieses Moment allein doch noch nicht geeignet, um einem so beschaffenen Verhältnis den Charakter der Aehnlichkeit mit den Beispielen aufzuprägen. Es sind sämtlich solche die ihrem juristischen Wesen nach darauf angelegt sind, das der unmittelbare Besitzer über kurz oder lang die Sache einem andern zurückzugewähren hat. Es muss ein Verhältnis sein, das seiner juristischen Wesenheit nach darauf abzielt, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen.«[1] Bei einem Erbbaurecht, das zeitlich nicht beschränkt ist, liegen die Voraussetzungen des § 868 nicht vor. Es lässt sich insbesondere nicht sagen, der in perpetuum Berechtigte sei im Sinne des § 868 dem Grundeigentümer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt, nämlich auf die Zeit der Dauer seines Rechts.[2] U. E. ist dem Grundeigentümer ein mittelbarer Besitz am Grundstücke nicht zuzusprechen wenn das Erbbaurechten zeitlich unbeschränkt ist.

Sofern der Erbbauberechtigte Besitzmittler ist, kann er sich der nominatio auctoris nach Massgabe des § 76 CPO. bedienen. Der Berechtigte ist hinsichtlich des belasteten Grundstücks nicht Eigenbesitzer, da er dieses nicht als Eigentümer und auch nicht wie ein Eigentümer besitzen will.[3] Aus der Besitzposition des

[1]) So Thiesing p. 243, 249. [2]) So Lau, ähnlich Planck, Bem. 2 b. und Staudinger Bem. III, 2 zu § 868; wie hier: Männer § 269, Wendt p. 61, Oberneck 1, p. 510, Reinhardt p. 48, Fredenhagen p. 32, Schubert p. 29, Strohal p. 35, Anm. 38 lässt die Frage unentschieden. [3]) Ebenso Strohal p. 95, a. M. Wittmaack, a. a. O. und Schubert p. 29; dieser für den Fall, dass der Berechtigte das Bauwerk selbst errichtet hat.

Erbbauberechtigten und der Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken ergibt sich, das jener sich gemäss § 859 verbotener Eigenmacht, die sich auf den Besitz des Grund und Bodens bezieht, wie der Besitzer eines Grundstücks erwehren kann. Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so kann der Erbbauberechtigte die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen nach Massgabe des § 861 verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt; wird er durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen, und, wenn weitere Störungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen. (862) Auch die §§ 863—867 finden Anwendung. § 869 bestimmt: »Wenn gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, so stehen die in dem §§ 861, 862, bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, das ihm selbst der Besitz eingeräumt werde. Wittmaack meint, diese Vorschrift passe auf das Verhältnis des Grundeigentümers zum Erbbauberechtigten nicht. Wegen der Veräusserlichkeit und Vererblichkeit des Erbbaurechts habe der Grundeigentümer kein rechtliches Interesse daran, welche Person das Erbbaurecht ausübe, und ob demjenigen, welcher als Erbbauer die Bodenfläche inne habe, der Besitz entzogen oder gestört werde. Ebenso wenig könne der Grundeigentümer, wenn dem Erbbauer durch verbotene Eigenmacht die Bodenfläche entzogen sei und dieser sie nicht übernehmen wolle oder könne, das Recht zustehen, die Ueberlassung der Bodenfläche mit dem darauf befindlichen, vielleicht dem Erbbauer gehörigen Gebäude zu verlangen. Könne oder wolle der Erbbauer die Fläche nicht wieder übernehmen so könne er sie veräussern. Sei er befugt, sie zu veräussern, so müsse ihm auch die Befugnis eingeräumt werden, sie demjenigen welcher sie widerrechtlich in Besitz genommen habe, zu lassen. Der Grundeigentümer habe kein Recht auf Ueberlassung der Bodenfläche. Dieses trete besonders hervor, wenn das Erbbaurecht für immer bestellt sei, aber auch bei dem temporären Erbbaurecht könne der § 869 keine Anwendung finden. Dem gegenüber ist jedoch zu beachten, dass die Veräusserung an bestimmte Personen und unter gewissen Voraussetzungen verboten werden kann. Ferner kann aber z. B. der Erbbauberechtigte zur Instandhaltung des Gebäudes verpflichtet sein und aus diesem Grunde der Grundeigentümer ein Interesse daran haben, dass der Berechtigte das Gebäude auch wirklich im Besitz habe. Der § 869 ist also, wenn auch nicht immer, so doch auch in gewissen Fällen anwendbar. Endlich finden die §§ 870, 871 Anwendung. Wenn daher der Erbbauberechtigte das Bauwerk

vermietet, so ist er mittelbarer Besitzer. Wenn der Berechtigte sich bezüglich eines Teiles des Grund und Bodens, auf den sich das Recht erstreckt, insbesondere bezüglich der unbebauten Fläche, nicht im Besitze befindet, sondern nur ein Nutzungsrecht daran hat, so geniesst er bezüglich dieses Teiles einen Besitzschutz nach Massgabe des § 1029[1].

Neben den aus dem Besitz sich ergebenden Befugnissen hat der Erbbauberechtigte die petitorischen Klagen. Auf Grund seines Rechtes kann er von dem Besitzer die Herausgabe des Erbbaugrundstücks verlangen, sofern diesem nicht ein von jenem eingeräumtes Recht am Erbbaurecht, etwa ein Niessbrauch oder Mietrecht zusteht; §§ 985, 986. Er kann von einem Besitzer des Erbbaugrundstücks die Nutzungen nach Massgabe der §§ 987 bis 993 herausverlagen: er hat ihm Verwendungen gemäss §§ 994 bis 1002 ebenso zu ersetzen, als wenn der Eigentümer auf Grund seines Eigentums die Herausgabe verlangt. Die Gleichstellung gilt insbesondere auch im Falle des § 994 Abs. 2. Danach kann, wenn der redliche Besitzer notwendige Verwendung auf das Grundstück macht, nachdem der Eigentumsanspruch rechthängig geworden isi, oder nachdem er über sein Recht zum Besitze nicht in gutem Glauben ist, von dem Eigentümer nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen, also dann, wenn die Aufwendungen dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Das Interesse und der wirkliche oder mutmassliche Wille werden beim Eigentümer und beim Erbbauberechtigten nicht gleich sein, da Verwendungen auf das Grundstück gemacht werden können, die lediglich jenem Vorteile bringen. Da jedoch dem Erbbauberechtigten neben dem Eigentümer eine selbständige rei vindicatio gegeben ist, da ferner der redliche Besiter das Bestehen eines Erbbaurechts nicht kannte, also nicht damit rechnen konnte, dass nicht alle Verwendungen dem Eigentümer zu Gute kommen würden, die §§ 994 ff aber gerade den redlichen Besitzer schützen wollen, so wird man den Erbbauberechtigten für verpflichtet halten müssen, die Aufwendungen im gleichen Umfange zu ersetzen, wie sie der Eigentümer ersetzen müsste. Die Sachlage ist hier eine andere als beim § 1049. Auch wenn der § 996 den Ersatz von Verwendungen davon abhängig macht, dass der Wert der Sache durch die Verwendungen noch zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt, erhöht sei, so wird man ebenfalls den Erbbauberechtigten für verpflichtet halten, die Verwendungen in gleichem Umfange wie der

[1]) Ebenso Planck Bem. 6 zu § 1012, Biermann p. 221, Männer § 35, Anm. 1, Goldmann-Lilienthal § 55 Anm. 28, Windscheid-Kipp § 223, Kohn p. 44. Andrer Meinung Turnau-F. I. p. 441, Oberneck, I. p. 510. Die §§ 836, 837, 908 gelten für jeden Besitzer eines Grundstücks, also auch für den Erbbauberechtigten.

Eigentümer zu ersetzen. Das Gleiche gilt im Falle des § 995.[1] Da der Besitzer das ganze Grundstück zurück halten darf, so hat der Erbbauberechtigte gegebenenfalls Bestellungskosten gemäss § 998 zu ersetzen.[2] Nach § 1001 kann der Besitzer den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt, oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, dass er die wiederlangte Sache zurückgibt. Es fragt sich, ob und inwieweit der Erbbauberechtigte hier an Stelle oder neben den Grundeigentümer tritt. Wenn es sich um Verwendungen an einem auf Grund des Erbbaurechts vom Erbbauberechtigten errichteten Bauwerk handelt, so ist die Genehmigung des Berechtigten massgebend. Er kann sich von der Pflicht, die Verwendungen zu ersetzen durch Uebertragung des Erbbaurechts befreien. Handelt es sich um Verwendungen auf das dem Erbbaurecht unterworfene Grundstück oder das einen Bestandteil desselben bildende Bauwerk, so kann der Eigentümer neben dem Erbbauberechtigten die Genehmigung erteilen. Der Besitzer braucht sich indessen, wenn die Verwendungen nur für das Erbbaurecht notwendige sind, (§ 995) oder im Falle des § 994 Abs. 2 nur dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Erbbaurechtigten entsprechen, oder nur den Wert des Erbbaurechts erhöhen, nicht damit begnügen, dass ihm lediglich das Erbbaurecht, nicht aber das Grundstück selbst zurückgegeben werde. Der Grund ist hier der Gleiche, wie beim § 994 Abs. 2. Nach § 1003 kann der Besitzer den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten, angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus dem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung erfolgt. Besteht an dem Grundstück ein Erbbaurecht, so hat der Besitzer das Recht, die Zwangsvollstreckung des Grundstücks zu betreiben, soweit der Grundeigentümer zur Erstattung der Verwendung verpflichtet ist. Es ist aber anderseits kein Grund ersichtlich, warum der Besitzer sich nicht lediglich an das Erbbaurecht soll halten, und dessen Versteigerung soll bewirken können. Das Erbbaurecht tritt also im Fall des § 1003 gleichsam als ein zweites Grundstück neben das belastete Grundstück.[3]

---

[1]) Vgl. Wittmaack p. 188. [2]) Wittmaack p. 187. [3]) Anderer Meinung ist Wittmaack p. 189. Er ist der Ansicht, es sei eine Vorschrift darüber unentbehrlich gewesen, wie sich die Haft des Erbbauers und des Erbbaurechts zu der des Eigentümers, und des Grundstücks verhalten solle, um das Rechtsmittel des § 1003 auch gegenüber dem Erbbaurecht gewähren zu können.

Wird das Recht des Erbbauberechtigten auf andere Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Grundstücks oder Bauwerks beeinträchtigt, so kann er auf Beseitigung der Beeinträchtigung, und wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen. (Negatorienklage, § 1004 BGB.). Die petitorischen und possesorischen Ansprüche hat der Erbbauberechtigte auch dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber.[1]

Als »Ansprüche aus dem Eigentum« haben, wie bereits erwähnt, nicht lediglich die unter dem entsprechenden Titel im BGB. behandelten zu gelten, sondern auch die aus dem Nachbarverhältnis mehrerer Grundeigentümer sich ergebenden.[2] Diese Rechtsätze stellen sich zwar nach dem ihnen im BGB. gegebenen Wortlaute als Beschränkung des Grundeigentümers zu Gunsten des Nachbars dar, doch lösen sie ebenso wie die rei vindicatio oder actio negatoria bei Verletzung durch den einen Ansprüche für den andern aus. Darnach würden diese Vorschriften schon nach dem Abs. 2 des § 1017 anwendbar sein. Die Gültigkeit der §§ 905ff hinsichtlich der Erbbaurechte ist aber, auch wenn die Ansprüche aus ihnen nicht als Ansprüche aus dem Eigentum angesehen werden, nach Absatz 1 des § 1017 zu rechtfertigen. Denn der Abs. 2 ist, wie oben dargelegt, nur eine Erläuterung des Abs. 1. Es ist daher nur zu prüfen, ob jene Vorschriften nicht wegen der Natur des Erbbaurechts als Belastung von der Anwendbarkeit ausgeschlossen sind. Zwar könnte man meinen, diese hauptsächlich im BGB.[3] unter dem Titel »Inhalt des Eigentums« gegebenen Normen seien Merkmale lediglich des Eigentums, nicht auch anderer dinglicher Rechte. Das ist nicht zutreffend; es handelt sich hier nur insofern, um den Inhalt des Eigentums, als auch dem Eigentum, trotzdem es das dingliche Vollrecht ist, jene Beschränkungen anhaften. Sie beruhen nicht auf der Eigenart des Eigentumsrechtes, sondern auf dem in ihm enthaltenen Nutzungs- und Benutzungsrecht. Im einzelnen sei folgendes bemerkt: Nach § 906 kann der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung von Gasen, Dämpfen . . . . . und ähnlichen von einem andern Grundstücke ausgehenden Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, oder durch eine Benutzung des andern Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den

---

[1]) Ebenso Oberneck I. p. 510. [2]) Diese Ansicht scheinen auch Biermann, Turnau-F. zu § 907 und Dernburg III, § 80 II 8b, zu teilen, da sie beim § 907 neben dem § 1017 auch den § 1065 heranziehen. Letzterer sagt, dass bei einer Beeinträchtigung des Rechtes des Niessbrauchers, die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. [3]) Ergänzend greift das Landesrecht ein.

örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken Art gewöhnlich ist.[1] Der Zweck dieser Bestimmung lässt erkennen, dass sie für und gegen den Besitzer in Anwendung kommen muss und dass vor allem der Erbbauberechtigte auf Grund des § 1017 selbständig als Berechtigter und Verpflichteter neben den Eigentümer tritt,[2] § 908 gibt einen Schutz gegen die durch baufällige Bauwerke dem Nachbarn drohende Gefahr, § 909 gegen eine das Nachbargrundstück schädigende Vertieferung des Bodens; die hier den Nachbarn drohende Gefahr ist als eine Art der Beeinträchtigung im Sinne des § 1004, mithin der Anspruch des Bedrohten als ein Spezialfall des negatorischen Anspruchs anzusehen.[3] Nach § 907 kann der Eigentümer eines Grundstücks verlangen, dass auf dem Nachbargrundstücke nicht Anlagen hergestellt werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dass ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Dieser Anspruhh fällt zwar nicht unter § 1004, da dort eine bereits erfolgte Störung vorausgesetzt wird, er ist aber eine Erweiterung jenes Anspruchs und steht mit ihm in organischem Zusammenhang.[4] Der Erbbauberechtidte ist hier aktiv und passiv legitimiert.[5] Nach § 905 erstreckt sich das Recht des Eigentümers auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Nur Einwirkungen, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass der Eigentümer an der Ausschliessung keine Interesse hat, kann er nicht verbieten. Der andere muss nachweisen, dass es sich im einzelnen Falle um Einwirkung dieser Art handelt. Hierbei wird jedes Interesse des Eigentümers berücksichtigt. Dem Erbbauberechtigten, der das Grundstück nur in einem bestimmten Sinne benutzen darf, wird man diese Stellung nicht zubilligen können. Er darf nur solche Einwirkungen verbieten, die gerade die Ausübung s e i n e s Rechtes behindern und ihm wird die Beweislast zufallen müssen, dass dies der Fall ist. Daher ist § 905 auf Erbbaurechte nicht anwendbar.[6] Der Eigentümer eines Grundstücks kann Wurzeln eines Baumes oder Strauches, die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das Gleiche gilt von herüberhängenden Zweigen, wenn der Eigentümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseiti-

[1]) Vgl. Motive III, p. 264. Indem das Gesetz unerhebliche oder ortsübliche Immissionen gestattet, verbietet es alle übrigen. [2]) Der Anspruch ist eine Art des negatorischen; ebenso Biermann Bem. 3 zu § 906, Dernburg, § 80 II., Endemann § 72 c [3]) Siehe Planck, Biermann zu § 908, Turnau-Foerster zu § 909 [4]) S. Planck zu § 1004. [5]) Ebenso Wittmaack p. 116. [6]) Turnau — F. Bem. 12 zu § 1017, Boehm I zu § 1017, Fischer-Henle 1 zu § 1017 halten den § 905 für anwendbar Richtig sagt dagegen Wittmaack (p. 13), dass die rechtliche Begrenzung des Erbbaurechts im Vergleich zum Grundeigentum die Anwendung des § 905 auf jenes verbiete; Ebenso Planck, Bem. 2 zu § 1017, m. E. in Widerspruch mit Bem. 5 zu § 905.

gung nicht innerhalb der Frist erfolgt. Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Auch hier wird die ungestörte Benutzung des Grundstücks gesichert: »Das Hinüberwuchern der Zweige und Wurzeln ist«, wie die Motive (III. Bd. p. 288) sagen, »nur eine indirekte Immission, die aber doch eine Beeinträchtigung des nachbarlichen Eigentums ist. Wenn das Gesetz schwiege, würde diese Beeinträchtigung die negatorische Klage gegeben sein.« Die besondere Vorschrift dient also vornehmlich der Schaffung eines zweifelsfreien Zustandes. Das im § 910 dem Eigentümer gegebene Recht die abgetrennten Zweige sich anzueigenen, steht statt seiner dem Erbbauberechtigten zu. Auch die §§ 911, 921, 922 gelten für und gegen den Erbbauberechtigten, nicht dagegen der § 923, da dieser ein Fruchtziehungsrecht voraussetzt.[1] Im Falle des § 922 Satz ist der Erbbauberechtigte neben dem Grundeigentümer als zahlungspflichtig anzusehen. Nach Art. 122 EG. können die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze oder auf dem Nachbargrundstück stehende Obstbäume abweichend von den Vorschriften des § 910 und des § 923 Abs. 2, normiert werden; nach Art. 124 können die Landesgesetze bestimmen, dass das Eigentum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch anderen als den im BGB. bestimmten Beschränkungen unterworfen werde. Ob und inwiefern hierbei der Erbbauberechtigte an Stelle oder neben den Grundeigentümer tritt, wird davon abhängen, ob der Eigentümer als solcher oder als Nutzungsberechtigter berechtigt und verpflichtet werden soll.[2]

Die Normen der §§ 912—914, 918 über den Ueberbau und den Notweg finden nach der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 916, 917 auch Anwendung, wenn ein Erbbaurecht durch den Ueberbau oder den Notweg beeinträchtigt wird. Er ist demnach berechtigt, den Widerspruch gegen einen geplanten oder begonnenen Ueberbau zu erheben, ebenso gebührt ihm die Entschädigungsrente für den geschehenen Ueberbau, wenn und so lange die Ausübung seines Rechtes beeinträchtigt ist. Entgegen dem Wortlaute der §§ 916, 917 wird man aber die Normen über den Notweg und den Ueberbau auch gegen den Erbbauberechtigten anwenden müssen, also z. B. auch ihn, falls er einen Ueberbau vorgenommen hat, für rentenpflichtig erachten müssen. (Ebenso Planck Bem. 1b

[1]) Vgl. Art. 89 EG. über die zum Schutze von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen. Auch er gilt für Erbbaurechte. [2]) Wittmaack p. 119 meint, derartige landesrechtliche Bestimmungen müssten, soweit sich nicht das Gegenteil aus ihrem Inhalt ergeben, auch zu Gunsten und gegen den Erbbauer Anwendung finden. Derartige Bestimmungen enthält z. B. das Preussische ALR. §§ 125 ff, 128, 133, 138 ff, I, 8. Eine Beschränkung des Grundeigentums enthält endlich auch der § 809; auch dieser gilt für Erbbaurechte.

zu § 912). Nach § 915 kann der Rentenberechtigte verlangen, dass der Rentenpflichtigte ihm gegen Uebertragung des Eigentums an dem überbauten Teile den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat. Ist ein Teil des dem Erbbaurecht unterworfenen Grundstücke überbaut, so kann der Erbbauberechtigte diesen Teil nicht übertragen, da er über das Grundstück nicht verfügen kann. Darum erklärt der § 616 auch nur die §§ 912—914, nicht aber den § 915 bei Beeinträchtigung des Erbbaurechts für anwendbar. Wenn der Erbbauberechtigte selbst den Ueberbau vorgenommen hat, so würde es unbillig sein, ihn zu zwingen, einen ohne das Erbbauareal wertlosen Abspliss Landes zu Eigentum zu erwerben, abgesehen von dem Falle, dass das Erbbaurecht ein ewiges ist. Auch in diesem Falle ist daher der § 915 auf Erbbaurebhte nicht anzuwenden.[1] Die Vorschriften über den Ueberbau müssen auch im Verhältnis des Erbbauberechtigten zum belasteten Grundstücke gelten, wenn der Bauplatz nur einen Teil des Grundstückes einnimmt und der Berechtigte dessen Grenzen mit seinem Bauwerk überschritten hat. Für den Fall, wo der Eigentümer beim Bauen die Grenze eines andern ihm gehörigen Grundstückes überschritten hat und später eines der beiden Grundstücke in andere Hände oder beide in verschiedene Hände übergehen, hat das Reichsgericht[2] die Anwendbarkeit wohl mit Recht verneint. Ein die Duldung des Ueberbaues bedingtes scroitutarisches Verhältnis zwischen den benachbarten bisher in einer Hand befindlichen Grundstücken könne erst nach deren Trennung entstehen. Hier ist die Sachlage indessen eine andere. Sobald ein Erbbaurecht begründet ist, welches zur Benutzung eines Grundstücksteils berechtigt, steht das Recht, soweit es sich um seine räumliche Begrenzung handelt, dem Restgrundstück wie ein fremdes Grundstück gegenüber. Wittmaack ist aber weiter der Ansicht, die Verhältnisse drängten zu der Annahme, dass, wenn das Gebäude ohne Widerspruch des Eigentümers abweichend von den Bestimmungen des Erbbauberechtigten aufgeführt sei, ohne dass dem Erbbauberechtigten dabei Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last falle, der Erbbauberechtigte das Recht erlangt habe, das Gebäude in Gestalt wie es errichtet, zu haben. Es müssten deshalb in diesem Falle die §§ 912ff analog angewendet werden. M. E. liegt hier ein dem Ueberbau wesentlich gleiches Verhältnis nicht vor und ist eine Anwendung des §§ 912 auf diesen Fall, insbesondere auch nicht auf Grund des § 1017 gerechtfertigt.

---

[1]) So Lau, p. 71. Dagegen hält Wolf, p. 167 den Erbbauberechtigten zum Erwerb des Eigentums der überbauten Fläche für verpflichtet, ohne zu verkennen, das jener dadurch in eine befremdliche Lage kommt. [2]) Bd. 65. p. 361 ff, ebenso Staudinger, I, 1 zu § 912, Biermann, Bem. 1 a, zu § 912, andrer Meinung Wolff, p. 102.

Entsprechend dem gemeinschaftlichen Interesse der Grundnachbarn, dass die Grenze ihrer Grundstücke deutlich werde und bleibe, bestimmt § 919, dass der Eigentümer eines Grundstücks von dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks verlangen kann, dass dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen, und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Widerherstellung mitwirke. Kretschmar (p. 444) meint, das Recht des Erbbauberechtigten erschöpfe sich in einem tatsächlichen Gebrauch, nämlich in dem Haben des Baugrundes nebst dem darauf befindlichen Gebäude. Den Teilnehmern an der Abmarkung müsse die Macht zur rechtlichen Verfügung über das Grundstück zustehen. Das ist u. E. nicht richtig. Die Mitwirkung bei der Errichtung fester Grenzzeichen enthält die Erklärung der Beteiligten, dass sie die Grenze, so wie sie markiert wird, anerkennen; sie enthält implicite ein aussergerichtliches Geständnis.[1] Dieses wirkt, wenn es von einem Erbbauberechtigten abgegeben wird, nicht gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks. Da im Falle des § 919 weder die Grenze streitig ist,[2] noch eine Veränderung der bestehenden Grenzen getroffen werden soll, so ist der Erbbauberechtigte im Prozesse auf Erfüllung dieser nachbarlichen Pflicht aktiv und passiv legitimiert. Zwar hat der Gesetzgeber im § 919 nur den Eigentümer genannt, weil es sich hier um eine Vorsichtsmassregel handele, deren Herbeiführung den Eigentümern ohne Heranziehung der Realberechtigten überlassen werden könne. Dieser Grund ist indessen gegenüber dem selbstständigen Erbbaurecht nicht stichhaltig. Auf Grund des § 1017 ist vielmehr anzunehmen, dass der Erbbauberechtigte mit Wirkung für die Dauer seines Rechtes für die Grenzscheidung legitimiert ist. Wenn der Nachbar die Grenzabmarkung mit dauernder Wirkung vornehmen will, so ist der Grundeigentümer zusammen mit dem Erbbauberechtigten legitimiert.[3] Schwieriger ist die Entscheidung, im Falle des § 920. Hier handelt es sich um den Fall, wo bei einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist, keiner der Nachbarn also die Grenze bestimmt nachweisen und mit einer Klage aus dem § 985 oder § 1004 etwas ausrichten kann. Trotzdem hat jeder der Nachbarn gegenüber den andern einen Anspruch auf richterliche Bestimmung der Grenzen. Der Anspruch ist nicht ein Ausfluss der rei vindicatio, sondern ein im

[1]) So Motive III, p. 269 und Hoeniger p. 51. [2]) Ebenso Hoeniger p. 52 und Motive III, p. 268, anderer Meinung Rönnberg p. 274 [3]) Wie hier Wittmaack Seite 118. Den Erbbauberechtigten halten mit mindererer Wirkung für legitimiert. Hoeniger p. 72, Endemann § 71, Anm. 15. Goldmann-Lilienthal II, § 14, p. 61. Männer § 22, Anm. 108. Biermann Bem. 1 zu § 919, endlich auch Planck Bem. 3, Staudinger Bem. I 2 zu § 919; sie geben aber nicht an, ob der Erbbauberechtigte neben oder an Stelle des Grundeigentümers tritt. Kretzschmar p. 444 und Schubert p. 25 halten den § 919 hier nicht für anwenbar.

Interesse des friedlichen Nachbarverhältnisses gegebenes besonderes Recht.[1] Der Richter darf trotz des Mangels eines klägerischen Beweises die Klage nicht abweisen, sondern er hat die Grenze festzulegen. Für die Art der Abgrenzung gibt das Gesetz einige bindende Regeln. Ob das in diesem Prozesse ergehende Urteil ein konstitutives[1] oder ein deklaratorisches[2] ist oder ein iudicium duplex, ist für die Beantwortung der Frage, ob der Erbbauberechtigte hier aktiv und passiv legitimiert, gleichgültig Es ist auf alle Fälle zu verneinen. Denn wenn der Erbbauberechtigte in dem Prozesse auftreten würde, so bestände die Möglichkeit, dass er die Sachlage weniger aufklärte als er oder der Eigentümer es vermag. Es könnte also hierdurch oder durch eine mangelhafte Rechtsprechung das Urteil trotz der durch § 920 beschränkten Verhandlungmaxime beeinflusst und von dem einen Grundstück zu Unrecht etwas genommen werden. Der Erbbauberechtigte würde durch das Prozessverfahren die Substanz des Grundstücks bewusst oder unbewusst verringern können. Man wird daher dem Erbbauberechtigten und ihm gegenüber nicht den Anspruch aus § 920 sondern nur einen ihm nachgebildeten, eine atio utilis auf Feststellung des Rechtes und dessen Grenze geben können.

**Anhang: Das Erbbaurecht in der Uebergangszeit.**

Der § 1 des EG. zum BGB. bestimmt, das BGB. tritt am ersten Januar 1900 gleichzeitig mit . . . . . einer Grundbuchordnung in Kraft. Das materielle Recht des BGB. setzt zum Teil das Bestehen eines Grundbuches voraus, ein solches war aber am 1. Januar 1900 in grossen Teilen des Reiches noch nicht vorhanden, wurde vielmehr von einzelnen Bundesstaaten erst angelegt. Art. 186 des EG. zum BGB. überlässt es deshalb einer landesherrlichen Verordnung, den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem das Grundbuch in einem Bezirk als angelegt anzusehen ist und in welchem demgemäss die ein Grundbuch voraussetzenden Bestimmungen des BGB. in Wirksamkeit treten. Den Zustand in der Zwischenzeit regelt Art. 189 dahin: der Erwerb und Verlust des Eigentums sowie die Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung eines andern Rechtes als einem solchen Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte erfolgen auch nach dem in Krafttreten des BGB. nach den bisherigen Vorschriften, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Das Gleiche gilt von der Aenderung

[1]) So Rönnberg p. 283, Höniger p. 88 ff. unter Hinweis auf die Protokolle III, p. 126. [2]) So Endemann § 71, Anm 18, Goldmann-Lilienthal § 14, Anm. 18. Dernburg § 87. Wie hier Hoeniger p. 95, 105, Biermann Bem. 5 zu § 920; bezüglich der Wirkung des vom Erbbauberechtigten erstrittenen Urteils richtig ferner Männer, § 22, insbesondere Anm. 118, Goldmann-Lilienthal II, § 14, Anm. 21; nach Dernburg III, § 87 und Staudinger-Kober II, Bem. 2 zu § 920 ist die Klage stets gegen den Eigentümer zu richten.

des Inhalts und des Ranges der Rechte.« In scheinbarem Widerspruch damit bestimmt Art. 184 des EG. ganz allgemein, dass von dem Inkrafttreten des BGB. für ein Erbbaurecht die Vorschriften des § 1017 gelten. Diese Regel ist im Vergleich zu der des Artikel 189 eine speziellere, da sie nur das Erbbaurecht, jene aber alle im Grundbuch erscheinenden Rechte betrifft, und verdient daher den Vorzug vor jener des Artikels 189. Soweit der § 1017 aber Rechtsätze heranzieht, die ein Grundbuch zu ihre Geltung voraussetzen ist Artikel 184 nicht anwendbar. Das sind die im Artikel 189 erwähnten Rechtsätze und insoweit muss deshalb der allgemeine Vorbehalt des Artikel 189 auch für Erbbaurechte wieder Platz greifen. Soweit ein auf die Begründung, Uebertragung usw. sich beziehender Rechtsakt von dem Grundbuchrecht nicht berührt wird, richtet er sich von ersten Januar 1900 ab nach den Vorschriften des BGB. so z. B. die Form des obligatorischen Vertrages nach § 313.[1]

[1]) Zustimmend auch das R. G. Bd. 64, p. 35 ff., Habicht, Einwirkung III. Auflage, p. 433 und Anm. 2; Planck 6. Bd. Anm. 8 zu Artikel 189, auch wohl Männer p. 261 und Biermann Bem. 3 zu § 1017, a. M. ist Wittmaack p. 216. Er macht geltend, der hier vertretene Standpunkt sei nicht geeignet für die Uebergangszeit einen zweifelsfreien Rechtszustand zu schaffen. Das berechtigt aber noch nicht dazu, den Artikel 184 einfach für gegenstandslos zu erklären.